

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2002



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación
NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA	FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ	SEBASTIÁN MORO LEDESMA
JESÚS DíEZ DEL CORRAL	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN	MANUEL OLIVENCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DÍAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERROL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
JUAN JORDANO BAREA	

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Juan B. VALLET DE GOYTISOLO: «Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones»	5
Carlos VATTIER FUENZALIDA: «Responsabilidad contractual y extra-contractual en el comercio electrónico»	67
Regina GAYA SICILIA: «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos»	91
Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «Los contratos ilegales en <i>Common Law</i> »	115
Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ: «La comunidad funcional»	163
Estudios jurisprudenciales	
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial»	225

Bibliografía

LIBROS

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El derecho de autor en internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información», por Alfonso González Gozalo 257
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: «La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX», por Hernán Corral Talciani 267

REVISTAS ESPAÑOLAS

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 271

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep M.^a BECH SERRAT, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas A. PÉREZ MARTÍN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA 317

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica)
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 65,0 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 20,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 36 53 03

Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2002

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2002

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

ISSN: 0210-301X
NIPO (BOE): 007-02-024-6
NIPO (M. de Justicia): 051-02-010-7
Depósito Legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I. *Qué son las instituciones jurídicas*: 1. Sus dos diversas concepciones. 2. Configuración práctica y elaboración científica.—II. *Análisis estructural y tipificación de las instituciones*: 1. Análisis definitorio y comparativo. 2. Análisis compositivo de sus elementos. 3. Tipificación de las instituciones.—III. *Clasificación de las instituciones jurídicas*: 1. Diversas perspectivas clasificatorias: A) Instituciones, órgano, instituciones, figura o forma típica. B) Estructurales y funcionales. C) Típicas y atípicas. D) Jurídico-políticas y jurisdiccionales. E) Instituciones-cauce, instituciones-dique e instituciones formales de publicidad y procesales. 2. Instituciones-cauce. 3. Instituciones-dique o límite. 4. Instituciones formales de publicidad y procesales.—IV. *Función estructural de las instituciones*: 1. Función teórica y función práctica. 2. Su función en la práctica de legislar. 3. Su función práctica en la interpretación.

I. QUÉ SON LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

1. Sus dos diversas concepciones

Las instituciones jurídicas constituyen el segundo de los elementos estructurales que, conforme la metodología realista por la que he optado, la ciencia del derecho debe estudiar.

Según Savigny¹, «la relación de derecho, la regla jurídica y la ley, que es su expresión, tienen por base las instituciones cuya naturaleza orgánica se muestra en el conjunto mismo de sus partes cons-

¹ SAVIGNY: *Sistema del derecho romano actual*, V, cfr. 2.ª ed. en castellano, Madrid, Centro Editorial Góngora, s.f. pp. 66 ss.

titutivas y en sus desenvolvimientos sucesivos». Nota también que «cada elemento de la relación de derecho [es decir, cada relación singular de derecho] se refiere a una institución que la domina y sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por una regla». Así, «este segundo encadenamiento [relación singular-institución] ligándose con el primero [relación de derecho típica-regla de derecho expresada en una ley-institución] encuentra en ella la realidad y la vida».

Para el fundador de la escuela histórica, las instituciones mismas son «las bases del derecho general», de las cuales, «por abstracción» son separadas las reglas particulares²; y el derecho que vive en la conciencia del pueblo «no es un conjunto de reglas abstractas», sino que «es percibido en la realidad en su conjunto» —es decir, en todas y cada una de sus instituciones—, y, cuando se hace sentir la necesidad de la regla, «bajo su forma lógica», ésta «se separa entonces de [aquel] conjunto y se traduce en una forma artificial»³.

Según el mismo Savigny⁴, los jurisconsultos, a su vez —además de suministrar, «como el derecho popular primitivo, la materia de la legislación»—, en su función científica «rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real; la libertad y variedad de formas que emplean les permite mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho; identidad que da nacimiento a la ley, pero que no es visible inmediatamente».

Ese doble proceso jurídico que lleva de la institución a la norma legal y de ésta retorna a la vida real —según explica Karl Larenz⁵— «significa que el pensamiento jurídico no debe moverse únicamente en *un plano*, sino que continuamente ha de hacer de intermediario entre la contemplación —aquí la contemplación del todo— y el concepto representando, mientras que el concepto, y la regla formada mediante él, sólo puede abarcar cada vez un aspecto parcial y, justamente por ello, tiene que ser completado y rectificado constantemente por la contemplación. Se puede decir que si Savigny hubiese actuado en esto con plena seriedad y sus seguidores hubiesen seguido esta doctrina no hubieran podido echar por el camino de la jurisprudencia formal de conceptos».

A mi entender, lo que ocurre a Savigny es que no va y vuelve de la contemplación del todo a la de una realidad singular, sino que se

² *Ibid.*, § VI, p. 68.

³ *Ibid.*, § VII, p. 70.

⁴ *Ibid.*, § XIV, pp. 88, *in fine*, s.

⁵ Karl LARENZ: *Metodología de la ciencia del derecho*, edición definitiva 1979; primera parte, Introducción; cfr. en castellano, Barcelona, Ariel, 1980, p. 34.

mueve mentalmente entre aquella contemplación total y la regla abstracta, formada mediante un concepto, a su vez, construido por una abstracción sustractiva al modo kantiano.

De ahí que Savigny –como advierte Larenz⁶–, «no consiguió explicar –y en esto se basa, en nuestra opinión, la de hecho escasa importancia de su metodología– de qué modo puede tener lugar el paso, por él exigido, de la contemplación del instituto a «la forma abstracta de la regla» y, desde ésta, volver a la contemplación originaria».

Es un doble camino de ida y vuelta, en el cual Savigny, además de mezclar dos clases de abstracción –la integrativa y la sustractiva–, al descender de esta segunda se olvida de la advertencia de Paulo⁷: «*Non ex regula ius summatum sed ex iure quod est regula fiat*».

Sin embargo, aquí no nos ocupamos de las instituciones como elementos básicos en las metodologías de las leyes y de la determinación del derecho, sino sólo de su función de elementos estructurales de una metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, que para cumplir ambas funciones necesita contemplarlos.

Bajo esta perspectiva debemos comenzar por advertir que con la misma palabra, institución, se expresan los dos significados que, en italiano, se especifican respectivamente con los términos *istituto* e *istituzione*. Este segundo corresponde al de institución que hallamos en Hauriou y en Renard.

Aquél define: «institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder, se le procura los órganos necesarios y, por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de una idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por órganos de poder y reglamentadas por procedimientos»⁸.

En ese mismo sentido, Renard⁹ entiende que el orden jurídico «reposa en un doble soporte: la *personalidad humana*, y la *institución*», que «se interpenetran» profundamente. «La personalidad humana se halla encuadrada en una serie de instituciones, y la institución enracima la personalidad humana». Por eso, aunque consi-

⁶ *Ibid.*, pp. 34, *in fine*, s.

⁷ PAULO: *Dig.* 58, 17, 1.

⁸ Maurice HAURIOU: *La théorie de l'institution et de la fondation* (1925), cfr. en castellano, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p. 31.

⁹ Georges RENARD: *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, Paris, Recueil Sirey, 1930.

dera que la institución es un concepto flexible, prefiere reservar ese nombre a las que son de tipo corporativo.

En cambio, el significado expuesto por Savigny –que aquí seguimos– no enfoca la institución como una entidad u organismo social, sino más ampliamente, como una figura jurídica. Sentido en el cual esta palabra es empleada por Ramón María Roca Sastre¹⁰ al explicar:

«Bajo la idea básica de que el derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre eligen las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idoneas todas para dicha función protectora y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses.»

En el mismo sentido, Federico de Castro¹¹ dice que, conforme la etimología de la palabra institución –*institutus*–, significa algo que ha alcanzado la firmeza de lo fundamental; se refiere a «las formas básicas y típicas de la organización jurídica total»: «es una de las bases organizadoras de la *ordinatio* de la comunidad»; es una figura jurídica primaria de «la verdadera constitución jurídica de un pueblo».

A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹² entienden que la «tecnicidad de los principios generales» se «expresa sobre todo en la organización de la materia jurídica alrededor de centros unitarios, que son las que llamamos instituciones» [...] «Así como la materia adopta una estructura molecular, que es un pequeño sistema organizado, o la vida, se ordena sobre

¹⁰ Ramón María ROCA SASTRE: «Prólogo» a la obra de José Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 13 s.

¹¹ Federico de CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I, V, II, III, 7, Madrid, I.E.P., 1955, pp. 628 s.

¹² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de derecho administrativo*; cfr. 4.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, vol. I, cap. II, I, 2, F, pp. 79 ss.

células, así el derecho se presenta bajo una estructura institucional. Una institución es un régimen orgánico de un tipo de relación social determinada».

2. Configuración práctica y elaboración científica de las instituciones

Las instituciones son elaboraciones o configuraciones que son estructuradas, en primer lugar, por la práctica jurídica en su función determinadora del derecho. Sea vivida por el pueblo, guiado por sus juristas prácticos –por los *iurisconsulti* en el período romano clásico, por los *consiliatores* en la segunda fase de la Baja Edad Media, y, desde hace siglos, por notarios y abogados consultores (*solicitors*, en Inglaterra, y *attorney und conseller law*, en USA)–, o bien por la práctica política y administradora de la organización de las entidades públicas, asesorados jurídicamente por juristas especializados en las diversas ramas funcionales de esas organizaciones. Es una labor que se desarrolla en el campo fluido de la praxis en su significación aristotélica, que actúa en el ámbito que deja abierto el *dikaion phisikon*, o sea, lo naturalmente justo. Ahí es donde resulta preciso que el hombre efectúe las convenientes determinaciones del derecho, en sus relaciones sociales personales, asociativas, dominicales, contractuales, sucesorias.

Es un terreno muy bien delimitado por Aristóteles, dentro del cual es preciso efectuar una elección, en la que se aúnan razón y reflexión (*pro-airesis*), entre lo agible en un hacer práctico (praxis). Esta elección se caracteriza por tratarse de hacer algo que no está exactamente impuesto, que sólo deba ser de determinada manera, sino que cabe efectuar de un modo o de otro, aunque circunscrito siempre dentro de ciertos límites, más o menos amplios, que no han de traspasarse, prefijados por lo verdadero y lo bueno. Esta praxis debe ser guiada por la *phronesis*, o prudencia práctica, porque la elección de los medios no se refiere únicamente a instrumentos técnicos, como ocurre en la *poiesis* –que se proyecta a lo factible en las cosas materiales exteriores al hombre–, sino que atañe al obrar humano –*agere*–, tanto personal como social, es decir, tanto en lo que es acción individual como en las relaciones sociales entre los hombres¹³.

¹³ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicitiva del derecho*, II, *Parte sistemática*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, 200, pp. 1045-1049.

En el campo jurídico, en aquello que puede ser justo de uno u otro modo, la práctica prudencial debe configurar una *res iusta* concreta y determinada, es decir, ha de efectuar una determinación justa de un hecho. Esa determinación puede efectuarse por una ley, una costumbre o un negocio jurídico –asociativo, dispositivo, obligacional, testamentario, normativo, etc.

En el segundo volumen de la *Metodología de la determinación del derecho*¹⁴, me he ocupado de examinar algunas de estas configuraciones, elaboradas por la práctica jurídica, en los ámbitos de la propiedad y de los derechos en cosa ajena que la limitan, en diversas clases de contratos, en el derecho de familia y en el de sucesiones.

La función de la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho tiene por objetivo final una exposición sistemática del derecho «ya hecho», después de haberlo observado del modo que las ciencias descriptivas lo efectúan, analizando lo observado, calificándolo y clasificándolo. Recordemos que –como ha explicado Carnelutti¹⁵– «la metodología no es otra cosa que la ciencia que se estudia a sí misma» y, así, la sirve.

No siempre los científicos del derecho han seguido ese camino.

Jhering¹⁶, en el primer período de su pensamiento –al que corresponden los primeros volúmenes de *El espíritu del derecho romano* y su artículo introductorio del «Anuario Jhering»–, siguió el pandectismo de Puchta y su jurisprudencia de conceptos –de la que, después, se burlaría mordazmente–, aunque dándole una orientación más conforme al modo de pensar de las ciencias naturales, y no al de la filosofía idealista, como había hecho Puchta.

Para ese método, que Jhering denomina *histórico natural*, nos habla, él mismo, del empleo de lentes, microscopios y del telescopio jurídico para perfeccionar la «historia natural del derecho»; asimismo, distingue la «anatomía del organismo de derecho», que «tiene por objeto los elementos de este organismo y su acción recíproca», y la «fisiología del organismo jurídico» con «sus funciones en la vida»¹⁷.

A juicio de Jhering¹⁸: «Al menos hasta ahora, la experiencia ha demostrado que el derecho es un manantial inagotable, de donde la

¹⁴ *Ibid.*, 227-244, pp. 1205-1282.

¹⁵ CARNELUTTI: *Metodología del derecho* (1938), prólogo 2; cfr. ed. en castellano, México, Unición Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1940, pp. 8 s.

¹⁶ JHERING: *El espíritu del derecho romano*, Introducción, 2, ed. en castellano, Madrid, Casa Ed. Bailly Ballieri, 1912, vol. I, pp. 32 ss.

¹⁷ *Ibid.*, 3, p. 37, y 4, p. 63.

¹⁸ *Ibid.*, 3, p. 45.

práctica y la teoría extraen sin cesar reglas subjetivamente nuevas, es decir, hoy desconocidas; así como las fórmulas de todos los tiempos demuestran, a su vez, que son susceptibles de desarrollos y de perfección». Esto puede hacerse «en el terreno de la doctrina pura», «en parte por medio de la interpretación que fija el sentido verdadero de la ley contra una redacción demasiado estrecha o muy amplia, y en parte por la extensión analógica, lo cual contiene un desenvolvimiento de la ley, en cuanto nos enseña que la disposición ha sido erróneamente circunscrita a una serie de hechos que no pueden apreciarse como esenciales, o limitada a una especie sólo, en lugar de aplicarse a un género entero, y que debe, por consecuencia, extenderse el precepto más allá de los angostos límites que le han marcado».

Esta intelección —dice¹⁹— debe efectuarse sistemáticamente, examinando «la estructura del organismo jurídico», mediante un procedimiento inductivo, del siguiente modo: Las reglas de derecho «se deducen por medio de la abstracción del juicio de las diferentes relaciones de la vida, con el fin de expresar y fijar su naturaleza íntima. A menudo se necesita el concurso de muchas reglas para establecer la forma jurídica de una sola relación, y entonces hallar en ella su objeto común y su punto de unión, como los músculos a los huesos. Ese carácter de la vida, así traducido en forma legal, puede a su vez depender de otro con el cual es conexo; por ejemplo, como fase o momento transitorio de este último (adquisición o pérdida de los derechos en oposición a éstos), o como consecuencia (sucesión del heredero en las deudas del testador respecto de la adición de la herencia), o como especie de un género (contrato de venta en cuanto a los contratos en general, y éstos en contraposición con las obligaciones).

»De esta manera, las diversas relaciones jurídicas de la vida, que como tales pueden ser objeto de un examen separado, se reúnen en rededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas que (empleando un lenguaje figurado) nos representan el esqueleto del derecho, al cual se adhiere su sustancia toda entera, o sean las reglas que la componen».

Es decir, «el sistema en materia de derecho, como en cualquier otro ramo científico, no debe consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que se deduce del fondo mismo del objeto»; que «facilita la inteligencia de la estructura del objeto individual. Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma».

La verdad es que Jhering toma las reglas del derecho como realidad de la cosa misma del derecho; pues, dice que, a menudo, «se

¹⁹ *Ibid.*, pp. 49 ss.

necesita el concurso de muchas reglas para establecer la forma jurídica de una sola relación», y «las diversas relaciones jurídicas de la vida»: «se reúnen en rededor de grandes unidades sistemáticas o instituciones jurídicas». Es decir, no parte de las instituciones elaboradas por la práctica, sino de las reglas que las traducen en forma legal, interpretándolas y fijando su «sentido verdadero», como «forma jurídica de una sola relación» que son.

Jhering sigue, pues, a Savigny en pretender pasar de la contemplación de las relaciones de la vida, cada elemento de las cuales «se refiere a una *institución que lo domina*», a las normas derecho formuladas en la ley, para tratar, a partir de éstas, de volver a la institución, en un periplo que va de la relación de derecho –que recibe su forma de la institución orgánica correspondiente– a la regla de derecho expresada, y de ésta a la institución²⁰. Por lo cual –como advierte Larenz²¹–, en el retorno de la ciencia del derecho al instituto, desde la forma abstracta de la regla, también abstracta –que lo ha disociado de la totalidad orgánica en que se halla vivo–, en ese tránsito, traduce en conceptos también alejados de la realidad, que es de donde deben apprehenderse.

El propio Jhering explica que, con el procedimiento que él propugna, «se ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al cual se aplica, operándose por su medio una transformación interna de las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se desprenden de su forma de prohibiciones y de mandatos para reconvertirse en elementos y cualidades de relaciones jurídicas. Así es como nacen, por ejemplo, las definiciones de...». Y, líneas después, explica: «El legislador ofrece, por decirlo así, cuerpos compuestos que sólo interesan por su utilidad inmediata; la ciencia por el contrario emprende su análisis y los convierte en cuerpos simples» [...] «Las definiciones así adquiridas no son únicamente simples descomposiciones de las reglas de derecho propuestas, por medio de las cuales se pueden reconstituir esas mismas reglas, sino que este análisis tiene el mérito, más precioso, de que suministra la posibilidad de acrecer el derecho por medio del derecho mismo, y de ampliarlo y engrandecerlo en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas. La combinación de los diversos elementos permite a la ciencia crear nuevas nociones, que en su fecundidad encastan y engendran otras. Las reglas del derecho, como tales, no tienen esa fuerza generatriz, permanecen inertes hasta que

²⁰ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, 93, b, p. 550.

²¹ Karl LARENZ: *Metodología*, loc. ult. cit., p. 35.

son reducidas a elementos simples y colocadas en línea ascendente o descendente, según las relaciones y el grado de parentesco que tienen con otras; o, lo que es lo mismo, hasta que pueden testimoniar su descendencia de otras nociones y crear otra vez nociones nuevas sacadas de su propio seno».

De esos conceptos jurídicos así obtenidos, el mismo Jhering más tarde en la segunda fase de su pensamiento se mofaría, en sus *Cartas confidenciales sobre la ciencia del derecho actual*²² y en el cuarto volumen del *Espíritu del derecho romano*²³, culminando esa burla en varios de los capítulos recogidos en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, especialmente *En el cielo de los conceptos*²⁴ y *De regreso a la tierra*²⁵. De ello me ocupó en el primer volumen de la *Metodología de la determinación del derecho*²⁶.

Conforme el método realista que seguimos, debemos contemplar las instituciones en la realidad viva. Carnelutti²⁷ dice cómo debe hacerse, fijando la atención en su «lado estructural», captando «su momento estructural» en una fotografía instantánea –método que hemos examinado en el primer volumen de esta *Metodología*²⁸–. Creo que, hablando con propiedad, no se trata de una instantánea, sino de una imagen mental que nos formamos, después de una experiencia dilatada, amplia y profunda de la vida. Imagen con la cual representamos la institución, en ese aspecto estructural que hemos captado.

Eso es lo que Roca Sastre²⁹, en su perspectiva del derecho institucional, muestra y explica: «Bajo la idea básica de que el derecho no se crea, sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos» [...] «El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas».

Observa Roca Sastre las instituciones con una visión realista, no sólo guiada por la experiencia, sino –de modo valorativo, concorde con el realismo metódico– como muestra al considerar que el dere-

²² Rudolf VON JHERING: «El método especulativo en la ciencia del derecho», Carta confidencial segunda, en *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Civitas, 1987, pp. 49 ss.

²³ *Ibid.*, *El espíritu del derecho romano*, vol IV, pp. 437 ss.

²⁴ *Ibid.*, «En el cielo de los conceptos jurídicos», en *Bromas y veras...*, pp. 225 s.

²⁵ *Ibid.*, «De regreso a la tierra», en *Bromas y veras...*, p. 268.

²⁶ *Perspectiva histórica*, 250, pp. 884-886.

²⁷ CARNELUTTI: *Metodología*, ed. cit., pp. 63 s.

²⁸ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 191, p. 1101.

²⁹ Ramón María ROCA SASTRE: *Prólogo a la obra ult. cit.* de Puig Brutau, pp. 13 s.

cho institucional es inseparable de la justicia, es decir, descubriendo en él las «posibles fórmulas de protección de los intereses humanos» que deben ser, en palabras suyas, «justos y legítimos»³⁰. He comentado³¹ que el sentido práctico de Roca Sastre sobrepasa el mero pragmatismo a ras de tierra y obedece al significado genuino de la praxis prudencial, inseparable del sentido ético y de una capacidad de prever los resultados, con el fin de proteger los intereses humanos buenos, justos y socialmente útiles, así como las enseñanzas de la experiencia.

También he explicado³² que no son las costumbres las que hallan ese derecho institucional en la realidad, sino que en ella los pueblos lo viven en simbiosis cultural, como agentes activos, integrados en la naturaleza de las cosas, forjándolo en la propia tradición histórica adecuadamente a los principios ínsitos en ésta, y lo tejen en sus actos y negocios jurídicos, guiados por sus juristas prácticos, y en sus costumbres. El juez y el legislador velan para que esa adecuación sea moral y acorde al bien común, y aquél para que en concreto sea justa.

De ahí el carácter complejo que tienen las instituciones y el derecho institucional. En él confluyen: principios generales del derecho y de la respectiva institución, integrados en la tradición de cada país; las costumbres en que se vive; la labor de los jurisconsultos, con su *auctoritas*, y las sentencias judiciales con la suya, a la que añaden la fuerza del precedente que dejan trazado.

La función de la ciencia del derecho es: la de recopilar todas esas instituciones, observar su estructura y naturaleza, clasificarlas, y, finalmente, explicar cuál es su función.

II. ANÁLISIS ESTRUCTURAL Y TIPIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES

1. Análisis definitorio y comparativo

Los jurisprudentes romanos, ya en la época preclásica –como dice Wieacker³³–, elaboraron tempranamente las «grandes figuras

³⁰ *Ibid.*, «La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio», *AAAMN*, I, 1943, p. 355.

³¹ «El que cal reviuere del pensament de Roca Sastre», *RJC*, XCIX, 3, 2000, p. 1047.

³² *Metodología de las leyes*, Madrid, EDERSA, 1991, 220, p. 609.

³³ F. WIEACKER: «Fundamentos de la formulación del sistema de la jurisprudencia romano», VI, 1, a, discurso en el solemne acto de su investidura como doctor *honoris causa* de la Universidad de Barcelona el 13 de marzo de 1991, pp. 37 ss.

jurídicas, como *obligatio, oportere ius (in re), res possessio (civilis), potestas, condicio*», definiendo el significado de estos nombres, y empleándolas como «una retícula o cañamazo del mero saber empírico de las *rationes dicidendi*». Parte este autor³⁴ de que el presupuesto para la «construcción de la ciencia del derecho romano», como sistema autónomo, lo constituyó la delimitación del propio objeto en estructuras auténticas, «primer presupuesto de trabajo de los juristas», que se remonta a «los orígenes pontificales de la jurisprudencia científica»³⁵.

Los comentaristas Bartolo y Baldo, con el empleo del realismo metódico —que prácticamente ya habían seguido los jurisconsultos romanos³⁶—, mostraron de qué modo debe proceder la ciencia del derecho. El segundo dice³⁷ que quien quiere saber conocer, comprender —«*qui vult sci*»—: «debe primero conocer los antecedentes»; y, para proceder de un modo teóricamente recto, debe discernir la procedencia de los nombres de las cosas; después, para buscar la verdad, en toda especulación teórica, ha de operarse triplemente: primero, definir las, como breve demostración de lo que es la cosa, efectuando contrastes y comprendiendo sus propiedades; segundo, proceder a la división de sus partes y al examen de su disposición; tercero, poner algunos ejemplos para mostrar y aclarar lo definido.

Eso, después de él, vendrá haciendo la ciencia jurídica, pero con diversas perspectivas. Vamos a repasar cómo desde cada una se ha seguido de diverso modo ese camino cognoscitivo.

En otra de sus obras, Wieacker³⁸ ha escrito que «los *conciliatores* investigaron científicamente, por primera vez, e instituyeron disciplinas, para cuya ordenación, acomodada a la época, faltaba todo fundamento en el derecho romano, o bien en él sólo se hallaban apreciaciones casuísticas. Para ello, se basaron preponderantemente en supuestos previos canónicos o germánicos, comunes a toda Europa». Por obra suya van surgiendo en todas partes exposiciones monográficas de diversas instituciones jurídicas, vividas en su época, que documentaban científicamente con textos apropiados: del *Corpus iuris*, del derecho longobardo, de los estatutos loca-

³⁴ *Ibid.*, IV, 2, pp. 32 y ss.

³⁵ Cfr. lo expuesto en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 4, A y B, pp. 33-35.

³⁶ Lo muestra así la misma definición que da Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 10) de jurisprudencia como «*divinarum atque humanarum rerum notitiae*».

³⁷ BALDO DEGLI UBALDIS: *In primam Digesti veteris partis commentaria. De iustitia et iuris*, lex 1, § *Iure operam*, 1 y 2.

³⁸ F. WIEACKER: *Historia del derecho privado en la Edad Moderna* (1952), 5; cfr. en castellano, Madrid, Aguilar, 1957, p. 51.

les y con anteriores comentarios, hechos por ellos mismos o por otros autores, acerca de la misma materia.

Como he expuesto en mi primer volumen de mi *Metodología*³⁹, el cultivo alternativo de todos esos derechos muy probablemente pudo ayudarles a tener en cuenta la realidad vivida además de los textos legislados, y, con esta perspectiva, pudieron entretejer los derechos peculiares con el común. No es que los glosadores no iniciaran la labor científica de conceptualización; pero lo hacían observando sólo los textos del *Corpus iuris*, mientras que los comentaristas-conciliadores extendieron su perspectiva del modo explicado por Wieacker. También para unos y otros, pero especialmente para los segundos, fue de gran importancia la labor científica que paralelamente efectuaron los canonistas.

Emilio Bussi ha efectuado un extraordinario estudio acerca de esa labor, especialmente en materia de derechos reales y de obligaciones, mostrando cómo en el derecho común se formaron los conceptos de derecho privado que el derecho moderno ha dogmatizado⁴⁰.

Es de advertir que estos autores medievales no sólo conceptualizaron y definieron las instituciones vividas, sino también las categorías generales que las comprendían, abarcando conceptos tan amplios como los de *ius in re* y *ius in personam*. Sin embargo, no fueron conceptualistas, y en esto se diferencian de los pandectistas del siglo XIX que desembocaron en la *Begrifsjurisprudenz*. Si bien se preocuparon de conceptualizar y de definir más que los jurisconsultos romanos, no elevaron a dogmas conceptos ni definiciones y, tanto menos, pensaron en emplear el método de inversión —que es característico de la jurisprudencia dogmático-conceptual, incompatible con el realismo aristotélico-tomista que constituyó el armazón filosófico de la escuela de los comentaristas—, pues contemplaban la realidad viva directamente con *sensum naturalis* y *naturalis ratio*, mediante las cuales —como hemos visto en el primer volumen de la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*⁴¹— determinaban la *aequitas* del caso.

He dedicado un capítulo entero del primer volumen de esta obra⁴² a las tareas, comenzadas por los glosadores y seguidas por canonistas, consiliadores y comentaristas, en el Bajo Medievo, de

³⁹ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 26, p. 148 en rel. 25, B, párrafo que lleva la nota 261, p. 142.

⁴⁰ Emilio BUSSI: *La formazione dei dogmi de diritto privato nel diritto commune (diritti reali e diritti di obbligazione)*, Padova, Cedam, 1937.

⁴¹ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 24, pp. 136 in fine –139.

⁴² *Ibid.*, 28-37, pp. 148-192.

definir y configurar instituciones –haciéndolo principalmente de la mano de Bussi en lo referente a los derechos de cosas, de garantías reales y de obligaciones, y más por mi cuenta en derecho de familia y en el de sucesiones–, donde hemos observado la ardua labor que ellos realizaron –principalmente para elaborar los conceptos de contrato y de representación–. En esa tarea –como recordé después⁴³– las nuevas configuraciones corrían parejas con las necesidades vividas en la práctica y con lo requerido por la utilidad social. No trataban de efectuar esa labor *ex novo*, sino progresando, paso a paso, a partir de los textos jurídicos romanos por ellos manejados, hasta despegarse de su formalismo, sin hacerlo de un modo idealista o cerebrino; es decir, sin perder de vista la tierra firme de las realidades de su tiempo, a las que ellos proyectaban esos textos, que siempre releían pensando en ella. Causa asombro que tan decisivamente pudieran así progresar en esta labor configuradora, y, asimismo, admira la prudencia con que avanzaban en esta actitud metódica, que les libró de construir castillos de naipes o de arena.

Era una teoría dirigida al servicio del arte práctico del derecho, aunque –como dice Wieacker⁴⁴– «el purismo de la jurisprudencia humanística y de la escuela histórica permaneció ciego ante su grande y práctico arte jurídico».

Ciertamente las tendencias del *mos galicus*, a la búsqueda de un derecho romano filológica e históricamente depurado⁴⁵, de los humanistas, de los filósofos del *usus modernus*⁴⁶ y de los iusnaturalismos modernos, se consideraron despegados de la labor efectuada por los autores del Bajo Medievo. Aunque, de hecho, se beneficiaron de los avances por ellos dados. Así, desde su punto de partida romano, una vez depurado de interpolaciones, volaban, con menos dificultades y ahorrándose esfuerzos por un camino idealista y racionalista, al punto de llegada más simplificado y generalizado. Recordemos, una vez más, que algunos humanistas de la escuela del derecho natural y de gentes, y, a la par, algunos romanistas de la escuela culta se prestaron recíprocamente instrumentos metodológicos. Aquéllos brindaron a éstos principios y sistemas organizados con arreglo a una jerarquización lógicamente descendente de esos principios y de criterios racionales de juicio de conformidad con los mismos, y los romanistas suministraron a los humanistas un

⁴³ *Ibid.*, 69, p. 419.

⁴⁴ WIEACKER: *loc. ult. cit.*, p. 51.

⁴⁵ *Metodología de la determinación del Derecho*, I, «Perspectiva histórica», 106-108, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 289-297.

⁴⁶ *Ibid.*, 111, p. 308, p. 78, pp. 573 ss. y 165-168, pp. 523-537.

conjunto de normas elaboradas observando el derecho romano purificado de interpolaciones⁴⁷, y sin preocupación práctica alguna, sustituyéndola por un afán profesoral teórico⁴⁸.

Donde más se nota ese cambio es en el derecho de obligaciones y contratos. Donello, que define: «*Contractus est duorum pluriumve consensus*»⁴⁹, refiriéndose más adelante a los perfeccionados por nudo pacto, dice que no es preciso vestirlos —«*nullum requiritur vestimentum, ipsa enim conventio est consensus*»⁵⁰. Bussi⁵¹ dice que en ese texto Donello se mostró sarcástico con los medievales, con un sarcasmo «más bien falto de sentido».

Llegamos a principios del siglo XIX, cuando en su obra juvenil, fruto de su curso de *Metodología*, impartido en Berlín en el invierno 1802-1803, explicaba Savigny⁵² que, en el sistema que él propugnaba, «se deben desarrollar los conceptos» contenidos en un principio particular del derecho, lo cual equivale a efectuar definiciones y establecer distinciones, mediante «recorrer el mismo camino de las leyes —fidelidad genética— demostrando especialmente los contrastes». Esto implica que: 1.º En el sistema «no debe tratarse ningún concepto sin referirlo a un principio de derecho» (en el sentido normativo legislado que él atribuye a esa palabra). 2.º Los conceptos determinan el sistema, por lo cual «a conceptos falsos siguen interpretaciones falsas». Esto le hace plantear la cuestión de que material histórico es el que entra en el sistema: ¿el traído por la tradición o el resultante de una crítica que lleva «en la legislación a la fidelidad a la *genealogía de los conceptos*»? [subrayo esta expresión, que retomará Puchta y será clave en su sistema conceptual deductivo]. Así pretendía apartarse de la que él denominaba época bárbara y acudir a la raíz romana de los textos clásicos.

Ahí tenemos uno de los primeros vagidos del conceptualismo jurídico, inspirado en la doble revisión que había efectuado Kant: de una parte, acerca del modo de conceptualizar, y, de otra, conforme a la idea que del derecho se formó, identificándolo con la ley impuesta por el Estado⁵³. Después, el pensamiento de Savigny recibiría el influjo de las concepciones orgánica e histórica del derecho⁵⁴, de cuya síntesis con la racionalista kantiana daría lugar

⁴⁷ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 41, pp. 22, *in fine*, s.

⁴⁸ Cfr. KOSCHAKER: *op. cit.*, cap. IX, pp. 179, *in fine*, s.

⁴⁹ Jean DONEAU, *Donellus enucleatus*, XII, VI.

⁵⁰ *Ibid.*, VII, XI.

⁵¹ E. BUSSI: *op. cit.*, 60, nota 1, p. 271.

⁵² F. C. SAVIGNY: *Metodología*, parte primera, III, 2, pp. 38 s.

⁵³ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 91, pp. 535 s.

⁵⁴ *Ibid.*, 125-126, pp. 723-735.

a la amalgama contradictoria, tan bien estudiada por Alfred Dufour⁵⁵, en la que se introdujo el pensamiento de Savigny y la escuela histórica del derecho y que, por el camino que antes hemos observado⁵⁶, llevaría al conceptualismo de Puchta y de la primera época de Jhering⁵⁷, por el cual se definía conceptualmente.

Sintetizando lo que Ferrater Mora⁵⁸ explica del significado de la palabra definición, cabe decir que ésta puede efectuarse: por *división* –o sea, delimitando empíricamente un objeto de los demás, su *quididad*–; por *abstracción* –que puede ser *sustractiva* o *negativa*, al modo de Kant, o *integrativa*, conforme obtenían el universal Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, para situar la cosa en su correspondiente universal⁵⁹–, y *dialécticamente*, tratando de aproximarse a la cosa en un diálogo ascendente (socrático-platónico), sin caer en contradicción, o en una disputa de probabilidad (en su sentido aristotélico).

Como allí digo: división, abstracción integrativa y dialéctica pueden combinarse, y conviene que así se haga, para definir, aquí específicamente cada institución. Así se sitúa la cosa –en este caso la institución– en su género, en su especie y en su subespecie, y, dentro de ésta, en su «lugar» correspondiente por sus diferencias específicas, respecto de las demás cosas en que en ella se encuadran, y, en fin, dialécticamente, puede afinarse la definición.

También hemos visto⁶⁰ –siguiendo a Álvaro d’Ors– que se definen las palabras como signos representativos de las cosas –aquí las instituciones–, y que, como todo signo, aquéllas relativizan la realidad que pretenden captar intelectivamente. Por ello, la definición no es necesariamente «definitiva» sino «definitoria», en cuanto señala «límites» –«fines», en latín, «linderos».

Consiguientemente, toda definición de algo que es vivido socialmente, como lo son las instituciones, es «abierta» –no «cerrada», como si se hallara circunscrita definitivamente por las normas legales que en un momento dado la regulan–, así se dibuja el tipo de institución, que –como todo tipo– admite variantes, y es fluido dentro de una serie de tipos, en la cual debe diferenciar la institu-

⁵⁵ Aldred DUFOUR: *Droits de l’homme, droit naturel et histoire*, II, III, I, pp. 180-194, cfr. una síntesis de su exposición en *Perspectiva histórica*, 237, pp. 818-821.

⁵⁶ Cfr. *supra* 1, texto correspondiente a la nota 5.

⁵⁷ *Ibid.*, 2.

⁵⁸ José FERRATER MORA: *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Círculo de Lectores, 1981, voz «Definición», pp. 730-734.

⁵⁹ *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, 20, d), pp. 86-89.

⁶⁰ *Ibid.*, d), pp. 102 s.

ción que es definida de los que más vecinas les resultan ⁶¹. Por tanto, cuanto menos abstracta y más descriptiva sea la definición de cada institución más adecuada se hallará a su realidad viva.

2. Análisis compositivo de sus elementos

El siguiente paso que debe darse para conocer la institución, más a fondo, es que, después de haberla definido y delimitado comparativamente, analicemos los elementos que la componen.

Ciertamente, el conocimiento de la institución procede de un análisis, que efectúa la ciencia del derecho para conocerla mejor. Así lo ha explicado Carnelutti:

«La unidad de la ciencia del derecho», por la obra colectiva de los científicos, «se resuelve en la *pluralidad de los institutos*». «Ocurre a los científicos del derecho, para poder estudiar este formidable mecanismo que han de hacerlo a trozos. No de otro modo se comportan los médicos con el cuerpo humano y los ingenieros con las máquinas» ⁶². Es cierto que «la descomposición del derecho es un procedimiento necesario de nuestra ciencia; pero puede conducir a gravísimos errores si no va acompañada del conocimiento de que observamos más bien el *cadáver del derecho* que el *derecho vivo*, porque la vida, o sea la realidad del derecho, no está en ninguna parte, sino en el todo y en su unidad ⁶³».

Yo digo que la vida está inseparablemente en el todo y en cada una de sus partes con tal de que éstas no se separen del todo; pues, si bien se contemplan como partes estructurales suyas, se hallan integradas funcionalmente de modo inseparable en el todo (que es algo vivo y no un cadáver al que se le hace la autopsia y despedaza).

Ciertamente, todas las instituciones se integran en el sistema de cada derecho vivo: estructuralmente —que es del modo que aquí las examinamos— y funcionalmente, en su dinámica, y ni de un modo ni de otro pueden separarse de él, pero sí cabe considerarlas individualizadamente.

Pero, lo mismo que ocurre con el derecho, sucede con cada una de sus instituciones, que pueden ser observadas, integradas por todas las partes que constituyen su estructura, es decir, en su composición ⁶⁴.

⁶¹ Desde otra perspectiva, CARNELUTTI dedica un capítulo de su *Metodología del derecho* a la observación y comparación de los objetos de cada serie y grupo.

⁶² CARNELUTTI: *Metodología...*, 18, pp. 61 s.

⁶³ *Ibid.*, 19, pp. 64 ss.

⁶⁴ Así, y conforme su terminología, CARNELUTTI (*Teoría general del derecho*, 10.^a ed., § 75; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, de 1941, pp. 48 s.),

Todos los que en nuestra época de oposiciones estudiábamos el *Derecho civil español común y foral* de Castán Tobeñas, en cualquiera de sus ediciones, tomándolo como núcleo básico de nuestros temas o, por lo menos, como esqueleto de éstos, pudimos comprobar que, al tratar de todas y cada una de sus instituciones, analiza sus elementos. Con más complejidad cuando trata de instituciones funcionales referentes a hechos –como el negocio jurídico– y menos al tratar de instituciones estructurales referentes a situaciones –propiedad, usufructo, etc.–. Aquí me detendré principalmente en aquéllas, precisamente por su mayor complejidad y el mayor detalle con el cual las estudia, para observar cómo explica los elementos en que mentalmente las descompone.

Los elementos del negocio jurídico los clasifica Castán Tobeñas⁶⁵ en: a) *esenciales*, sin los cuales el negocio no puede darse; b) *naturales*, que cada negocio jurídico lleva normalmente consigo, a no ser que sus autores los eliminen, y c) *accidentales*, que sólo existen cuando las partes los agregan expresamente. Los primeros son *constitutivos* del negocio, necesarios para que exista; los otros dos se refieren al *contenido* y a los *efectos* del mismo.

Considera Castán elementos esenciales del negocio jurídico: la voluntad y la declaración de la persona o personas simples compuestas o complejas –que son sujetos activos de esa voluntad y de su manifestación⁶⁶–, su causa⁶⁷ y su forma⁶⁸. Elementos naturales⁶⁹ –dice– son los que «forman la estructura típica de cada negocio en particular», por lo cual sólo particularmente pueden determinarse. Como elementos accidentales, que pueden afectar a los negocios jurídicos y despojarles de su carácter puro y simple⁷⁰, enumera: la condición⁷¹, el término o plazo⁷² y el modo o carga⁷³.

Este análisis es claro y simple, teóricamente ejemplar para orientarse y para contemplar cada negocio jurídico en particular; pero, en la práctica, surgen las dificultades en cuanto se precise profundizar en el análisis de determinadas figuras concretas, y

emplea la denominación persona compuesta o colectiva cuando la voluntad y el interés son comunes a todos los componentes, y denomina persona compleja cuando, en el conjunto, el interés es de una persona (menor o incapaz) y la voluntad de otra (padre, tutor).

⁶⁵ José CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1952, vol. 1-II, § XXVIII, III, 1, p. 484.

⁶⁶ *Ibid.*, IV, pp. 487 ss.

⁶⁷ *Ibid.*, § XXIX, pp. 509-539.

⁶⁸ *Ibid.*, § XXX, pp. 540-556.

⁶⁹ *Ibid.*, § XXXI, I, pp. 557 s.

⁷⁰ *Ibid.*, II, pp. 558 s.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 559-567.

⁷² *Ibid.*, IV, pp. 567-569.

⁷³ *Ibid.*, V, pp. 569-572.

entonces se acumulan e interfieren, por una parte, las dificultades clasificatorias (para distinguir una figura de otras próximas a ella) y también las dificultades del análisis de las figuras objeto de aquella comparación y de este análisis.

Hace años lo pude observar y mostrar respecto de la donación y de la donación *mortis causa*⁷⁴, tanto en relación a su respectiva ubicación como a su comparación y al análisis de los elementos de una y de otra, observadas separadamente y puestas en relación.

a) La donación, enseguida, ofrece dificultades de ubicación: ¿es un contrato o no lo es? Para ello es preciso ponerse de acuerdo, primero, en el sentido en que se emplea la palabra contrato: si en su sentido *lato* —que lo identifica con convención— o acuerdo de voluntades tanto para crear relaciones de crédito y obligación, como para modificar o extinguir las ya existentes, e, incluso, para crear personas jurídicas, para constituir relaciones reales, familiares o incluso para establecer normativas—; en sentido *estricto* —como el acuerdo concertado entre varias personas para constituir una o varias obligaciones patrimoniales—, y en un sentido *intermedio* —que incluye no sólo el acuerdo de constituir alguna obligación sino también el de modificar o extinguir un vínculo jurídico, obligatorio o real de contenido patrimonial o económico⁷⁵.

Vemos a lo largo de la historia, y considerándola en sí misma, que la donación ha sido contemplada como: una *causa*, en el sentido de *animus donandi* justificante de cualquier negocio; como un modo traslativo de una cosa o de una titularidad real o crediticia efectuados gratuitamente; como un *negocio jurídico típico*, traslativo del dominio *donandi animus*, rigurosamente formal, según dispuso el emperador Constantino; ampliamente, como negocio jurídico comprensivo de donaciones traditorias, estipulaciones donatorias constitutivas de obligaciones gratuitas, donaciones promisorias y donaciones liberatorias, o, en fin, como contrato consensual, o sea, simple título gratuito que debe ir seguido de tradición. En la mayor parte de esas concepciones, la voluntad del donante tiene una densidad muy superior a la del donatario y, en cada una, varía su contenido, e igualmente sus posibles elementos reales y sus elementos formales⁷⁶.

b) A su vez, la donación *mortis causa*, en sus orígenes griegos narrados en la *Odisea* y en el derecho romano, es concebida como

⁷⁴ «Donación, condición y conversión jurídica material», I y II, AAC, V-IV, 1952, pp. 1205-1270, recogido en mis *Estudios sobre donaciones*, Madrid, Montecorvo, 1978, pp. 315-408.

⁷⁵ *Ibid.*, I, 1, pp. 323-325.

⁷⁶ *Ibid.*, 2-6, pp. 325, *in fine*, 355.

una donación condicionada a la premoriencia del donante o incluso —como en la que Telémaco hizo a su amigo Pireo— a que la muerte del donante ocurra en determinado evento —en el caso de Telémaco si moría en su lucha contra los pretendientes de su madre, Penélope, que aguardaba el regreso de Ulises, tejiendo y destejiendo una túnica—, condición que podrá ser suspensiva o bien resolutoria, aunque no retroactiva en uno ni en otro supuesto —dado que esa donación era naturalmente revocable⁷⁷.

Pero, ya en la Edad Moderna se planteó si «tenía más puntos de contacto con los contratos o con las últimas voluntades». De lo expuesto por Julio Claro (*Sentencias*, libr. IV, donat., 9. 5), recoge esta cuestión Luis de Molina S. I.⁷⁸, quien indica que la opinión común, de la que él participaba, era que, «en cuanto principio y producción es más bien contrato que un acto de última voluntad; mas, por lo que toca a sus efectos y estabilidad, y en particular a su revocabilidad, es más afín a las últimas voluntades que a los contratos», citando aquí en su apoyo al mismo Claro, a Covarrubias, a Antonio Gómez y al Doctor Luis de Molina Morales⁷⁹.

Ahora bien —como he examinado detenidamente⁸⁰—, la condición es un elemento accesorio de la donación *inter vivos*, pero pasa a ser elemento natural de toda donación *mortis causa*. Caracterizado por tener lugar en la donación traditoria, *in extremum temporis... vitae*⁸¹, y, en la *mortis causa stipulatio*, «si “*in tempus quae in se moretur promississet*”, *obligaretur*»⁸², con lo cual —como explica Savigny⁸³— el donante prometía constituirse deudor *en el último momento de su vida (cum moriatur)*, obviándose así toda dificultad y explicaba la validez de la donación en caso de muerte simultánea. Por esa razón no forma parte de la herencia del donan-

⁷⁷ *Ibid.*, 7-8, pp. 356-361.

⁷⁸ LUIS DE MOLINA, S. I.: *De iustitia el iure*, CCLXXXVIII, 1.

⁷⁹ Como dije en mi trabajo últimamente citado (II, 7, párrafo que lleva la nota 182, *ADC*, V-IV, p. 1270, y *Estudios*, cits., p. 407), esa concepción de la *mortis causa donatio* coincide totalmente con la interpretación del art. 820 CC que yo he sostenido (cfr. *supra* 140, A, b, párrafo que lleva las notas 272 y ss. y el estudio citado en ella); pero el Tribunal Supremo les exige, además, que se otorguen en la forma testamentaria. Hoy día —repite— esa forma no es incompatible con la tradicional de la donación *mortis causa*. En las de bienes muebles basta la forma ológrafa, con fecha y hora, constando que se dispone *mortis causa*, añadiendo en el mismo documento, o poniéndola en otro, la aceptación del donatario; y, en las donaciones de bienes inmuebles basta que la escritura unilateralmente otorgada por el donante reúna los requisitos formales del testamento ordinario, y por diligencia, a continuación, figure la aceptación del donatario.

⁸⁰ *Donación, condición y...*, II, 1-6, pp. 363-401.

⁸¹ MARCELO: *Dig*, 40, 1, 15.

⁸² TRIFONINO: *Dig*, 23, 3, 76.

⁸³ SAVIGNY: *Sistema*, CLXX, pp. 168 ss. y nota aa.

te, aunque debe computarse, como toda donación, para calcular las legítimas y es reducible en su caso por inoficiosidad.

La condición que, en este tipo de donaciones, vale como causa de las mismas, tal como, deduciéndolo de un texto de Javoleno (*Dig.* 45, 1, 108, pr.), dijeron Bartolo, Paulo de Castro, Jasón, y Angelo Aretino, según recogen: Antonio Gómez⁸⁴ —para decir que «*contractus condicionalis non requirit causam, quia ipsa condicio est sufficiens causa*»— y Acevedo⁸⁵ —«*cum condicio illa pro causa habeatur*»—, o, como sostienen, entre los autores italianos modernos, Rubino, que confiesa la imposibilidad de distinguir, entre los diversos supuestos de hecho, cuando algunos son causa y otros condición⁸⁶, y Falzea que califica la condición de «*concausa externa futura e incierta*»⁸⁷.

Finalmente, la *marginalidad* y carácter *accidental* de la condición se refieren a los tipos negociales, determinados con su *nomen iuris* propio, considerados en abstracto. Pero es elemento *natural* de otros tipos negociales derivados de aquel en los cuales una determinada condición se integra en su supuesto de hecho típico⁸⁸; v. g., la de contraer matrimonio o la muerte del donante sin haberla revocado, respectivamente, en las donaciones matrimoniales y en las *mortis causa*. Finalmente, es elemento *esencial* de todo negocio concreto que se constituye condicionalmente⁸⁹.

Pasando a observar los que hemos denominado elementos estructurales de las instituciones, cuando éstas son enfocadas como situaciones, vemos que Castán Tobeñas⁹⁰, califica: de elementos personales, del usufructo, al nudo propietario y al usufructuario, que puede ser una persona física o varias, simultánea o sucesivamente, o bien una persona jurídica; y de elemento real al objeto del usufructo, que —dice— puede ser una cosa, un derecho o un patrimonio. Yo creo que elemento real del usufructo es el uso y disfrute —*usus et fructus*— de una cosa (en el sentido lato de la palabra), simple, compuesta o compleja (*universitas facti* o *iuris*) —recayente en ella, ya sea directamente o por intermedio de otro derecho—, con el

⁸⁴ ANTONIO GÓMEZ: *Variae resolutionis iuris civili communis et regii*, II-XII, 3, vers. *Et attende*, y 4.

⁸⁵ ALFONSO DE ACEVEDO: *Commentarii Iuris civilis in Hispaniae regias constitutionem*, V, XVI, 43.

⁸⁶ DOMINICO RUBINO: *La fattispecie e gli effetti preliminari*, Milán, Guiffre, 1939, p. 111.

⁸⁷ FALZEA: *La condizione e gli elementa dell'atto giuridico*, 2, Milán, Guiffre, 1941, p. 21.

⁸⁸ Cfr. SCIALOJA: *Negocios jurídicos*, § 12, cfr. ed. en castellano Sevilla, Gavidia, 1942, p. 83.

⁸⁹ Cfr. FALZEA, op. cit. 7, pp. 66 s.

⁹⁰ CASTÁN TOBEÑAS: *op. cit.*, ed. 90, 1957, vol. II, § LII, VI, pp. 491 s.

salva rerum substantiae de la misma. Lo cual determina las facultades y deberes del usufructuario y los límites impuestos a las facultades del propietario, así como sus dimanantes deberes, y potestades dominicales, que varían según cuál es el objeto usufructuado. Y son elementos formales del usufructo, los títulos constitutivos del mismo, ya sean *inter vivos*, por disposición, por reserva o por división, o bien *mortis causa*.

Ahora bien, esos elementos naturales, tipificadores del usufructo, pueden modificarse sea condicionando *salva rerum substantiae*, lo que puede dimanar naturalmente por razón de la naturaleza del usufructo (*cuasi usufructo*), o bien por voluntad del constituyente (usufructos con facultad de disponer en caso de necesidad), o bien sometiendo a término suspensivo o resolutorio el usufructo mismo (v. gr. el usufructo conferido por mientras se conserve viudo o hasta alcanzar determinada edad, o hasta que concluya la carrera, o a partir del fallecimiento de su cónyuge o de un anterior usufructuario). Así, la condición, que es elemento accidental de la figura del usufructo tipo en abstracto, pasa a ser elemento natural de la figura del cuasi usufructo tipo en abstracto, y tanto la condición como el plazo siempre son elementos esenciales del usufructo que en concreto así se constituye.

Creo que lo expuesto en este apartado resulta esclarecedor para lo que vamos a examinar en el siguiente.

3. Tipificación de las instituciones

Metodológicamente, esta ciencia en su andadura expositiva y explicativa del derecho tiene la función teórica –pero con evidente finalidad y fundamentales aplicaciones prácticas– de tipificar las diversas instituciones jurídicas una vez que han sido clasificadas y analizadas por ella.

La clasificación y el análisis de los elementos de las diversas instituciones jurídicas nos muestran una serie de figuras tipo, que admiten una serie de variantes, y que son fluidas. Lo son en cuanto muy fácilmente se deslizan de una a otra, al hacerse naturales algunos de los elementos que son accidentales en el tipo puro concebido en abstracto. Es decir, se deslizan cuando esos elementos accidentales pasan a ser naturales, constituyendo otro tipo, también en abstracto, de institución de la misma serie. Ocurre de la misma manera que, como hemos visto, en el tránsito de las donaciones tipo condicionadas que pasan a ser donaciones por causa de matrimonio tipo o donaciones por causa de muerte, asimismo tipo, de una nueva especie.

Por otra parte, al variarse un componente del elemento real de una institución, puede ocurrir que ésta resulte una variante atípica de la misma que, a su vez, puede llegar a erigirse en un subtipo de ella; v. gr., un reforzamiento e incremento del *salva rerum substantiae*, en el usufructo, dio lugar a que en un determinado momento histórico surgiera el tipo de usufructo de regencia, al hacerse habitual el empleo de la fórmula «señora, mayora, poderosa y usufructuaria», una vez esa fórmula se inteligió, de conformidad a la denominada *consuetudo Bulgari*⁹¹, en el sentido de que los frutos remanentes, después de cubiertas las necesidades familiares, incrementan el patrimonio usufructuado y gestionado, como regente, por la viuda así designada.

O bien, ocurre que, dada la contigüidad fluida de un tipo abstracto con otro tipo también abstracto de instituciones, resulta que su distinción teórica no es fácil proyectarla a la realidad fáctica. Pensemos en el denominado –por José González Palomino⁹²– pseudousufructo testamentario –que propiamente es una sustitución fideicomisaria, condicionadamente limitada en el aspecto dispositivo–, que excede en potencia al usufructo, aunque reciba este nombre⁹³; y, asimismo, con el usufructo de disposición ordenado en acto de última voluntad y en el fideicomiso de *eo quod supererit*, ya que el empleo de aquél o de éste puede depender de que el disponente lo configure de una u otra manera, según el consejo que, en el momento de otorgar dicho acto, le dé el notario o el abogado consultado.

En el segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho*⁹⁴, dedico casi todo un capítulo para exponer cómo la actividad negocial ha configurado nuevas instituciones. Previamente, al introducirme en el capítulo⁹⁵, advierto que, cuando no existe regulación legal adecuada, la razón práctica de los particulares –asesorados por juristas especializados de la función cautelar y

⁹¹ Cfr. Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ: «Donna et domina, potens et usufructuaria», *ADF*, II, Pamplona 1976-1977, pp. 215-220, y mis observaciones en *Parte sistemática*, 237, 2, p. 1254, y 243, párrafos que llevan las notas 243 a 246, pp. 1275, *in fine*, s.

⁹² José GONZÁLEZ PALOMINO: «Diagnóstico y tratamiento del pseudousufructo testamentario», *AAMN*, II, pp. 547 y ss.

⁹³ Cfr. Joan MARTÍ I MIRALLES: *Principis del dret successori*, Barcelona, Colegio Notarial, 1925, 5.º lectura, 3 y 4 fórmulas, pp. 194 y ss.; José Luis Díez PASTOR, «Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos y Apéndice pseudopolémico», *AAMN*, VI, pp. 563 y ss., y mi nota 167, en «Fideicomisos a término y condicionales, y la cláusula *si sine liberis decesserit* en el derecho histórico de Castilla y en el Código civil», *ADC*, IX-XIII, pp. 831 y ss., recogido en mis *Estudios de derecho sucesorio*, vol. I; cfr. 20 ed. Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 224 s.

⁹⁴ II, *Perspectiva histórica*, IV-I, 228-244, pp. 1208-1282.

⁹⁵ *Ibid.*, 227, a), p. 1206.

configuradora de negocios jurídicos, habitualmente notarios— que negocialmente se provee, para la concreción y regulación precisas de las relaciones jurídicas, presentes o futuras, a fin de que se regule todo aquello que es necesario o puede resultar útil para vivir mejor socialmente. Cuando, para la consecución de estos fines, se repiten y generalizan esas concreciones negociales pueden llegar a convertirse en usos, e, incluso, establecerse como costumbres, que, después, resultan subsidiarias de los negocios del mismo tipo de aquellos que los engendraron, y, a la par, sirven para interpretarlos e, incluso integrarlos. Con el tiempo, a veces, esas costumbres se compilan o, incluso, se formulan como leyes.

Los resultados de esa labor práctica, la ciencia del derecho debe aquilatarlos, y, para ello, le es preciso:

a) Contemplar las instituciones elaboradas por la práctica, y observar las ratificaciones o las rectificaciones o correcciones que, de ellas, efectúan los tribunales de justicia y, en su caso, sus traducciones en leyes.

b) Definirlas del modo que antes hemos indicado, delimitándolas en forma fluida, y clasificarlas por su semejanza más o menos próxima, tanto genética como material, formal, estructural y teleológica.

c) Con esa segunda operación, la labor científica deja suficientemente preparado el camino para emprender su tercera labor: la de *tipificar* cada una de esas instituciones. Tipificar consiste en diseñarlas jurídicamente y explicar aquello que les es natural y habitualmente típico, advirtiendo que no lo es de modo cerrado, sino abierto a posibles variaciones; determinar aquello que les es esencial y lo que les es natural y distintivo, tanto respecto de los tipos más generales como de los derivados de éstos, incluso los más específicos.

Así, como en los supuestos de donación y de usufructo, que hemos contemplado tipificados en su respectiva serie —pongo por ejemplo— es preciso tipificar, v. gr.:

– Donación pura y simple tipo; donación *matrimonii causa* y cada uno de sus tipos; donaciones *mortis causa* y cada uno de sus tipos, según la donación se condicione a la muerte del donante de modo suspensivo o resolutorio, sea *mortem donantis* o *mortem alterius*, o bien de ambos; o según sean revocables o irrevocables. Diferenciando de otros tipos próximos de donación; v. gr. donación *inter vivos* con entrega *post mortem*, donación *inter vivos* con reserva por

el donante de la facultad de disponer de lo donado y con prohibición al donatario de disponer en vida del donante, etc.

– Usufructo tipo, usufructo de tenencia, cuasi usufructo, usufructo con facultad de disponer, sea en caso de necesidad o al arbitrio del propio usufructuario. Su distinción de la sustitución fideicomisaria de residuo y de todas las modalidades de ésta, etc.

La tipificación de cada una de las instituciones y de cada serie de tipos institucionales –aun reconociendo su fluidez– tiene gran importancia tanto teórica como práctica, para diferenciar debidamente las instituciones típicas y las atípicas que les son afines genética o estructural o teleológicamente y para su utilización funcional, que observaremos en el apartado IV de este estudio. •

III. CLASIFICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

1. Diversas perspectivas clasificatorias

Lo observado en los apartados anteriores nos ha anticipado varias perspectivas para clasificar las instituciones jurídicas. Ante todo: instituciones orgánicas o corporativas, por una parte, e instituciones de figura estructural o tipo, por otra. También hemos visto que éstas, a su vez, se subdividen en instituciones predominantemente estructurales, tipificadas como situaciones jurídicas, y en instituciones funcionales, dinámicas en cuanto referidas a hechos, actos o negocios jurídicos. Finalmente, hemos distinguido instituciones típicas y atípicas. En otros lugares, como en mi *Panorama del derecho de sucesiones*, he diferenciado instituciones-cauce, instituciones-dique e instituciones formales.

Creo que éste es el lugar adecuado para plantear con la mayor claridad posible esas clasificaciones.

A) Instituciones *órgano*, *fundación* o *corporación* e instituciones *figura típica estructural* vienen a ser –como hemos visto– células de la «materia jurídica» –según la comparación que hacen E. García de Enterría y T. R. Fernández–, «formas básicas y típicas de la organización jurídica total» –como dice F. de Castro–; o «figuras» jurídicas «típicas» –en palabras de Roca Sastre–. De ellas, recordémoslo:

a) Las primeras –*istituzioni*, en italiano– son –según Hauriou– «obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente», «órganos necesarios» para que «los miembros del grupo social interesado en la realización de una idea» produzcan «manifestaciones de comu-

nión dirigidas por órganos de poder y reglamentadas por procedimientos», que –dice Renard– son de tipo corporativo.

b) Las segundas –*istituti*, en italiano– no son de tipo corporativo ni tampoco órganos sociales de otra especie (estatal, comunitaria, regional, provincial, local, sindical), sino figuras-tipo, que son elaboradas por la práctica del derecho, y estructuran y dan forma a ciertos núcleos de relaciones jurídicas que la ciencia del derecho estudia de la manera que antes hemos examinado.

B) Las instituciones de ese segundo grupo, aunque todas ellas tienen un aspecto estructural y otro funcional, la ciencia del derecho las diferencia, al enfocarlas, estudiarlas y explicarlas, según predomine uno u otro aspecto, del siguiente modo:

a) Unas las observa, principalmente, en su *aspecto estructural*, fotográficamente, sin atender a los cambios funcionales que pueden producirse en sus elementos y, en este sentido, las mantiene fijas en el tiempo en que las observa⁹⁶. Así ocurre con la propiedad, el usufructo, las servidumbres, el matrimonio, la paternidad y la filiación, la herencia, los legados, etc.

b) Otras las considera, preferentemente, en su *aspecto dinámico, funcional* en cuanto producen el tránsito de una situación inicial a otra situación final⁹⁷. Son hechos jurídicos institucionalizados, como la sucesión y todos los hechos, actos y negocios jurídicos, que producen algún cambio en cualquiera de los elementos de la situación inicial sobre la cual operan: v. gr. el cambio de alguno o ambos sujetos (por ejemplo, el comprador ocupa el lugar del vendedor), o da entrada a otro sujeto (v. gr. un usufructuario, un arrendatario, un acreedor), o bien modifican el objeto (alubión, avulsión, incendio, ruina, p. e.), o el contenido de la relación afectada por una ampliación, una reducción, una alteración; o bien la extinguen (v. gr. pago de la deuda, cancelación de una servidumbre, de una hipoteca, etc.).

C) Una tercera clasificación distingue instituciones *típicas*, que la normativa o la ciencia del derecho ha tipificado –como hemos visto en el último epígrafe del capítulo anterior–, e instituciones *atípicas*, que ofrecen variantes características, que divergen de las que tienen las instituciones típicas.

Puede ocurrir que determinadas instituciones se hallen tipificadas conforme las normas legales. Bajo esta perspectiva, la tipicidad o la atipicidad de un supuesto concreto depende de que se estime

⁹⁶ Cfr. CARNELUTTI: *Teoría general*, 1.ª ed. § 95, pp. 195, *in fine*, s., en rel. 99, p. 204.

⁹⁷ *Ibid.*, 99, pp. 205 s.

que éste encaja o no en la *mens* y en la *ratio* de una norma –como hace años expuse al comentar las sentencias de 30 de noviembre de 1987 y de 10 de diciembre de 1987⁹⁸–. Esta atipicidad, incluso, puede dimanar de las palabras del texto legal si no se comprenden en su *esfera nuclear* –en una interpretación *estricta*–, sino sólo en su *esfera periférica* –que cabe en una interpretación *lata* de ellas.

La primera de las dos referidas sentencias examina el contrato de renta vitalicia conforme su tipo legal, diferenciándolo del convenio de prestar alimentos vitalicios.

Y la segunda sentencia enfoca el contrato de vitalicio o de pensión alimenticia o de alimentos vitalicios, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo «ya ha tenido ocasión –dice– de admitirla argumentalmente en sentencias de 14 de noviembre de 1908 y de 16 de diciembre de 1930, y de modo directo en las de 28 de mayo de 1965 y de 6 de mayo de 1980».

En ambos casos, las variantes respecto de la atipicidad legal condujeron a que las respectivas sentencias no aplicaran algunas de las consecuencias legales asignadas a la normativa de la figura legal tipo (que en el primer caso, era el contrato de renta vitalicia, y, en el segundo, la donación onerosa o la renta vitalicia) que al parecer era la más próxima a la contemplada en el supuesto de hecho enjuiciado.

Ahora bien, además de las instituciones tipificadas legalmente, otras pueden ser tipificadas por la jurisprudencia de los tribunales, o configuradas por la doctrina científica que elabora su tipo, que, sin embargo, puede seguir resultando legalmente atípico.

En la vida jurídica, con frecuencia, se configuran negocialmente instituciones que no sólo son legalmente atípicas sino que también lo son en relación a los tipos configurados judicial o doctrinalmente.

Unos ejemplos de elaboraciones tipificadas por la ciencia del derecho que muestran de qué modo se tipifica a partir de aquellos tipos más genéricos que primero fueron tipificados por la práctica negocial, las expuse en síntesis, en el segundo volumen de mi *Metodología de la determinación del derecho*⁹⁹. Aquí recordaré únicamente las tipificaciones de las diversas clases de heredamientos realizadas, sucesivamente, por P. P. Fontanella¹⁰⁰, J. Faus i Condo-

⁹⁸ *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 15, septiembre-diciembre 1987, pp. 408 s.

⁹⁹ II, *Parte sistemática*, 237, 3, pp. 1256-1258. En la p. 1257 recojo, en sendos cuadros sinópticos, las clasificaciones de los tipos explicados por Faus y Condomines y Roca Sastre.

¹⁰⁰ P. P. FONTANELLA: *De pactis nuptialibus*, IV, IX, IV y VI.

mines¹⁰¹ y Ramón María Roca Sastre¹⁰². El primero, hacia el entrecruce de los siglos XVII y XVIII, tipificó los heredamientos a favor de los hijos y descendientes de éstos. El segundo tipificó: los heredamientos a favor de los consortes otorgados por sus ascendientes o por otras personas, los mutuales, y los a favor de los hijos nacederos. Roca Sastre, dentro de cada tipo de heredamiento, califica los otorgados a favor de los contrayentes en: simples o de herencia, cumulativos o complejos y mixtos; los a favor de los hijos nacederos de los contrayentes en puros, preventivos y prelativos; y los mutuales o recíprocos en puros y condicionales.

D) Pueden también clasificarse las instituciones según correspondan a una u otra de las diversas ramas de la ciencia jurídica.

E) En otra obra¹⁰³ también he diferenciado:

a) *Instituciones-cauce*, creadas por la práctica jurídica y, si fuere preciso, adecuadas a la justicia por las resoluciones de jueces y tribunales o por las leyes.

b) *Instituciones-dique o límite*, impuestas por las costumbres o las leyes para impedir que las instituciones-cauce se desborden, lesionando principios de justicia, en daño del bien común.

c) *Instituciones formales*, al servicio de la seguridad jurídica, estática y/o dinámica, con su respectiva e inherente *publicidad*, a las que debemos agregar las *instituciones procesales*.

En los apartados siguientes nos ocuparemos brevemente de todas estas clases.

2. Instituciones-cauce

Las instituciones-cauce son elaboradas *para y en* la práctica jurídica, o sea la del pueblo guiado por sus juristas prácticos —a saber: por los *iurisconsulti*, en el período romano clásico; por los *consiliatores*, en la Baja Edad Media, y por notarios y abogados consultores desde hace siglos—, o bien por quienes funcionalmente la ejercen: así en los derechos procesales las elaboraron los mismos curiales; y en las relaciones de derecho administrativo por quienes las practican, asesorados jurídicamente por los letrados de las diversas ramas de esa disciplina.

¹⁰¹ Josep FAUS I CONDOMINES: «Els capitols matrimonials a la comarca de Guissona (Catalunya Segriana)», I, II, *RJC*, XIII, 1907, p. 215.

¹⁰² Ramón María ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, IV-1.º, XLVIII, 6, ed. Barcelona, Bosch Casa Ed., pp. 23 ss.

¹⁰³ *Panorama de derecho de sucesiones*, 64, 59-439 y 440.

Se desarrollan, por lo tanto, en el campo fluido de la *praxis* aristotélica, que actúa en el ámbito que deja abierto el *dikaion phisikon*, o sea de lo naturalmente justo, para que se concrete de uno u otro modo. Es el campo en que resulta preciso que los hombres, en sus relaciones sociales personales, asociativas, dominicales, contractuales, sucesorias, efectúen las convenientes determinaciones del derecho.

Este terreno se halla muy bien delimitado por Aristóteles¹⁰⁴, deslindándolo como aquel dentro del cual es preciso efectuar una elección, acompañada de razón y reflexión (*pro-airesis*), entre un hacer práctico (*praxis*), caracterizado porque trata de hacer algo que no está exactamente impuesto que deba ser sólo de determinada manera, sino que cabe efectuarlo de un modo o de otro, aunque siempre circunscrito dentro de unos límites, más o menos amplios, que no han de traspasarse, fijados genéricamente por lo que resulta verdadero y naturalmente bueno.

Esta *praxis* debe ser guiada por la *phronesis*, o sea por la prudencia práctica, porque la elección de los medios no se refiere únicamente a instrumentos técnicos, como ocurre en la *poiesis* —que se proyecta a lo factible en las cosas materiales exteriores al hombre—, sino que atañe al obrar humano —*agere*— tanto personal como social y tanto en lo que es acción individual como también en las relaciones entre unos y otros hombres.

En materia jurídica, en el campo de aquello que puede ser justo de uno u otro modo, la práctica prudencial debe concretar y configurar una *res iusta* determinada; es decir ha de efectuar la justa determinación de un hecho. Ésta puede ser realizada por una ley o por un negocio jurídico, sea éste asociativo, dispositivo, obligacional, testamentario, normativo, etc.

Jean Carbonnier¹⁰⁵ ha destacado que la mayor parte de las relaciones de derecho que se viven no son creadas directamente por la ley ni acceden a la litigiosidad, sino que se convienen amigablemente. En este mismo sentido, Antonio Hernández Gil¹⁰⁶ expone con gran claridad: «He consagrado muchos años al ejercicio de la profesión de abogado. Es la enseñanza de la práctica y no sólo la

¹⁰⁴ ARISTÓTELES: *Ética*, 2, 6, 1107 a; 3, 1, 1110 b; 3, 2, 1111 b y 1112 a, y 6, 1, 1138, 1139, a y b, y 1140, a y b. Cfr. mi síntesis explicativa en *Parte sistemática*, 200, pp. 1046-1150.

¹⁰⁵ JEAN CARBONNIER: *Flexible droit*, cit., I, 2, B, 1.º, pp. 16 ss., y *Sociología jurídica*, III, II; cfr. ésta en castellano, Tecnos, Madrid, 1977 (traducida de la edición original francesa, Armand Colin, París, 1972), pp. 154 s.

¹⁰⁶ ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: «Puntualizaciones y al positivismo jurídico», 14, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia (discurso inaugural), p. 93, recogido en sus *Obras completas*, vol. I, p. 218.

formación teórica, lo que me impide entregar por entero el derecho en manos de los jueces, sin desconocer, por ello, la suma importancia de su misión» [...] «lo judicialmente resuelto no agota el ser, la vida, ni el concepto del derecho. Los jueces y los tribunales no parten de la nada. Y de la nada partirían si ellos fueran los forjadores exclusivos del dato empírico que habría de tomar en consideración el conocimiento científico. Los jueces y tribunales disciernen lo justo conforme a derecho. Pero es incomparablemente superior el derecho que se realiza de un modo espontáneo o sin pronunciamientos jurisdiccionales. Hacer pasar el derecho necesariamente por una sentencia, reputándola al medio único de conocerlo y definirlo, es tanto como hacer pasar la salud por el diagnóstico del médico, sólo cuando el médico dice que estoy sano, tengo salud. Pero, en cuanto lo ha dicho se crea la incógnita para el futuro.»

En esa labor de determinar *rerum iustae*, las que de éstas se repiten frecuentemente llegan a configurar diversas instituciones jurídicas. Como en la segunda década del siglo XX había advertido en ese sentido Ehrlich¹⁰⁷: «El derecho hay que buscarlo en los vínculos matrimoniales, en el contrato de compraventa, de arrendamiento, de crédito para la construcción, de préstamo hipotecario, en los estatutos de las asociaciones y de sociedades comerciales, y no en los artículos del Código. Todos estos contratos, además del contenido individual, referente sólo a los negocios singulares, tienen también un contenido típico que se acoge por doquier. Este contenido típico es, en definitiva, lo que resulta más importante del documento.»

Después de esta labor recolectiva y clasificadora de contenidos típicos, la ciencia expositiva y explicativa del derecho diseña—como hemos visto antes— la configuración o tipo de cada una de las instituciones observadas. Cierto es que estas instituciones suelen ser perfiladas por los tribunales de justicia y traducidas por las leyes en las correspondientes normativas. Pero el proceso formativo no concluye ahí, sino que la práctica prosigue su labor; y se sirve de procedimientos, «a veces sencillos, frecuentemente ingeniosos y algunos de origen muy antiguo», para atenuar o circunscribir los efectos limitativos de la ley y para su «adaptación a las nuevas necesidades», y a las «nuevas tendencias». Constituyen «elementos muy valiosos para la evolución del derecho, e incluso para su evolución en un sentido sobre todo práctico y realista»¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Eugen EHRlich: *Fundamentos de sociología jurídica*, XXI, 3, pp. 592, *in fine*, ss.

¹⁰⁸ H. R. PERREAU: «Des atenuations par actes juridiques aux lois imperatives ou prohibitives», *RTDC*, XXII, 1923, p. 329. En el mismo sentido, el mismo PERREAU,

a) En el derecho privado este campo de la praxis negocial coincide con el ámbito de la libertad civil¹⁰⁹, como han explicado muy bien Joaquín Costa¹¹⁰ y Juan García-Granero¹¹¹.

Esa praxis negocial opera también en torno a las instituciones-dique, haciendo pasar entre ellas, o rodeándolas, alguna institución-cauce sin que choque con ellas. El principal medio de que se ha valido esa praxis, y sigue valiéndose, lo constituyen las denominadas desde el Medievo «cautelae»¹¹², que –según escribe Brugi¹¹³– son enseñanzas de los jurisconsultos en torno al modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos, o de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de las normas de derecho, haciendo triunfar la equidad sobre su letra, salvando su espíritu. Cierto es que se han distinguido siempre cautelae fraudulentas y cautelae genuinas y leales.

Las cautelae enseñadas por los doctores de Bolonia y de otras escuelas eran recogidas por los prácticos –que a éstas sumaban las que, a ellos, se les ocurrían ante ciertas dudas o dificultades que se les presentaban– y se formulaban como cláusulas en las escrituras e incorporadas al *ars notariae*.

Estas cautelae trataban, a veces, de reforzar una obligación contraída, efectuándolo por medio de insertar una cláusula penal impuesta para caso de incumplimiento de aquélla; en otras ocasiones iban dirigidas a la inaplicación de determinadas normas, o prevenían que, en caso de invalidez, lo pactado pudiese valer de cualquier otra manera admitida en derecho; o bien se dirigían a ofrecer una opción para que el optante elija entre ejercitar la acción que legalmente le corresponde, o bien renunciar a ella y recibir una atribución de cuantía equivalente, o mayor aún, al de aquella a la que renunciaba.

«Deformations des lois par des actes juridiques et des actes juridiques par la jurisprudence», *RTDC*, 1921, pp. 329-674.; Georges CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique*, cap. II, Giard, París, 1924, pp. 60 y 64 y ss., o en castellano, Ed. Reus, Madrid, 1928, pp. 91 ss. y 95 ss.

¹⁰⁹ Cfr. *Perspectiva histórica*, 207, b, pp. 1073 ss.

¹¹⁰ Joaquín COSTA: *Teoría del hecho jurídico*, 9, pp. 81 y ss., y *La libertad civil y el Congreso de jurisperitos aragoneses*, cap. IV, II, pp. 102 ss.

¹¹¹ Juan GARCÍA-GRANERO: *Comentario a las leyes 7 y 8 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 382 s.

¹¹² Según Nino TAMASSIA: *Odofredo*, Bologna, 1894, p. 54 (citado por Brugi, en *Archivio Giuridico*, LIV, 1895, p. 105) la cautela más antigua conocida se halla en una glosa del boloñés Odofredo al *Codex*, 1, 2, 11. La abundante elaboración de cautelae que la siguieron fue compilada a finales del siglo XV por el veronés Caepolla.

¹¹³ BIAGGIO BRUGI: voz «Cautelae», en *Il Digesto italiano*, vol. VIII, Turín, 1887-1896, p. 657.

Entre estas cautelas tenemos: las excluyentes de la aplicación de determinadas normativas ¹¹⁴— entre las cuales las principalmente empleadas, según Figa Faura ¹¹⁵, fueron el *pactum de non petendo*, la *renuntiatio* ¹¹⁶ y el juramento confirmatorio—; las que tratan de evitar la ineficacia de alguna disposición —en especial testamentaria—, previniendo una conversión jurídica, por la cual, de otro modo válido en derecho, se convalide la eficacia de lo prácticamente querido ¹¹⁷—, y las que ofrecen opciones compensatorias de la legítima, que estudié, analicé y clasifiqué hace muchos años ¹¹⁸.

b) En el derecho político —desde la constitución de lo que hoy denominamos Estado, hasta la del municipio— también originariamente fue la práctica —aquí una *praxis* política— la que configuró las instituciones, sin óbice de que esa práctica fuera consolidada o rectificadas por leyes que resultaron fundamentales para la constitución de los diversos reinos o repúblicas. Esto fue así —como ha explicado Sánchez Agesta ¹¹⁹— hasta que el «germen del racionalismo revolucionario o reformador sembrado por el pensamiento político del siglo XVIII, tiende a transformar y configurar el orden social, no por

¹¹⁴ Cfr. *Parte sistemática*, 246, pp. 1284-1287.

¹¹⁵ Luis FIGA FAURA: «Estatut personal i patrimonial dels conjugues», 2.ª, a y b, en *Libre del II Congrés Jurídic Català, Barcelona*, Fundació del Congrés Jurídic Català, 1972, p. 431 (recogido en *Miscel·lania Lluís Figa Faura*, Barcelona, Fundació Noguera, 2000, pp. 77-80), o en castellano, «Estatut personal y patrimonial de los cónyuges en Cataluña», *ADC*, XXVI-IV, 1973, pp. 1115 ss.

¹¹⁶ Cuando, recién ingresado en el Colegio Notarial de Barcelona, ejercí de notario en Torroella de Mongrí y en Malgrat era usual la renuncia a la *exceptio non numeratae pecuniae*. Acerca de su empleo en Cataluña ya tenemos noticia, por el historiador catalán Balari, de quien la recogió Brocá (*Historia del derecho catalán*, III, 6, 2.º, p. 201, y IV, 9, 1.º, nota 3, p. 341), de un documento de 1211 y otro de 1214, que contienen sendas *renuntiatio* a la *exceptio non numeratae pecuniae*. El propio Brocá añadió otro de reconocimiento de deuda, otorgado por Gerard, Conde de Urgell y vizconde de Cabrera y por su hijo, en el cual la esposa del segundo renunciaba al senado-consulta Veleyano y a todo derecho derivado de las leyes romanas que, además de las godas y la costumbre, le daban preferencia a todo otro acreedor por su dote y esponsalicio. También mencionó una compraventa de 1234, en la cual los vendedores renunciaban a la *exceptio non numeratae pecuniae* y a todo derecho canónico y romano.

¹¹⁷ Cfr. Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN: «Testamento, codicilos y cláusula codicilar», 19, Barcelona, Acadèmia de Jurisprudència de Catalunya, 1995 (discurso de ingreso); mi *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática*, 247, pp. 1287-1295, y, sobre todo, el laborioso y valiosísimo libro del mismo Martínez Sarrión: *Reglamento y codicilos. La cláusula codicilar*, tomo I, *Introducción histórico-documental. Elaboración romanista de la cláusula codicilar*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2002.

¹¹⁸ «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima», *RAJL*, Madrid, 27 de mayo de 1963 (discurso de ingreso), reproducido en *ADC*, XVI-II, 1963, pp. 282-344, y en mis *Estudios de derecho sucesorio*, vol. II, 2.ª ed., pp. 367-464. Este discurso fue síntesis del estudio más amplio «Cautelas de opción compensatoria de la legítima», publicada en *Centenario...*, III, I, pp. 397-708, reproducido en *RDN*, XLV-XLVI 1964, pp. 9-340 y en *Estudios de derecho sucesorio*, vol. III, 2.ª ed., pp. 242-581. Para una perspectiva en síntesis cfr. *Parte sistemática*, 248, pp. 1295-1300.

¹¹⁹ Luis SÁNCHEZ AGESTA: *Curso de derecho constitucional comparado*, 5.ª ed., Facultad de Derecho de la Universidad, Madrid, 1974, cap. I, p. 28.

un crecimiento y evolución de fuerzas sociales espontáneas, sino por una voluntad operante, según esquemas de organización racional». De modo tal que el «panorama constitucional desde la Revolución francesa a nuestros días es una tensión e inadecuación entre el medio social y poderes relativamente artificiosos»; y, así, «ha quebrado el hilo de una tradición histórica forjadora de instituciones».

En el Medievo español esta labor significaba siempre una tensión –producida ante la necesidad de repoblar una población o una zona abandonada o en trance de serlo o de dar mayor fuerza a algunas ya repobladas– entre el monarca o príncipe con los nuevos pobladores, o bien entre éstos y un título de la nobleza o de la iglesia, o bien entre monarca, nobleza y comunidades. Lógicamente y en su configuración intervendría el asesoramiento de juristas.

Ciertamente esas composiciones normalmente se gestaban en un órgano político, que en León eran el *aula regia*, según la denominación antigua, o *palatium*, predominante en tiempos de Alfonso VI, o *curia regis*, como se denominaría después de este rey –según explica Andrés Gamba¹²⁰–, «institución de gobierno relevante, destinada, en un sentido muy general, a asesorar y secundar al monarca en el ejercicio de sus funciones, así en las cotidianas, de carácter normal y menor trascendencia, como en las excepcionales y alcance extraordinario»; «en la que, además, por el número y calidad en sus componentes y, también, por su ulterior evolución puede reconocerse a un órgano de representación ante el soberano de los estamentos nobiliario y eclesiástico». A finales del siglo XII la curia regia se desdobra¹²¹ en: las denominadas *curias plenas* o *curias extraordinarias*, y la normal y restringida que pasa a concretarse con el carácter del órgano asesor palaciego, que no tardaría en recibir el nuevo nombre de *cort* –en singular– que sustituyó al de *curia*; al parecer definitivamente, en época de Fernando III». Los historiadores han concedido especial importancia al tipo de asambleas extensas o plenarias «por entender que de su ampliación a finales del siglo XII, con la admisión de representantes de las ciudades, habrían surgido las cortes castellano-leonesas».

Los primeros modelos constitucionales proclamados en el Bajo Medievo tienen unos por origen un pacto y otros aparecen como concesión del rey, pero siempre convenida por éste con las cortes, o bien otorgado ante ellas. De este tipo fueron: lo que constituye el núcleo constitucional de los *Usatges* de Barcelona, redactado

¹²⁰ Andrés GAMBRA: *Alfonso VI. Cancillería, Curia e Imperio*, vol. I, cap. X, 1-2, Centro de Estudios e Investigación «San Isidoro», León, 1997, pp. 499-509.

¹²¹ *Ibid.*, 2, pp. 501 y 531 s.

hacia 1150 –aun retrasando, con respecto a ese texto constitucional, la fecha expresada en el texto que, al parecer, corresponde exclusivamente al núcleo originario de los *Usualia*, de carácter procesal¹²²–; las libertades garantizadas por Alfonso IX en las primeras cortes de Castilla y León, en 1188; la *Bula Aurea*, dada por el rey de Hungría, Endre II, a los nobles en 1222; la *Carta Magna* inglesa, comprometida por Juan Sin Tierra con sus barones; la constitución pactada por Pedro el Grande, con las Cortes de Barcelona en 1283¹²³; el Privilegio general aragonés de 1283 con el mismo rey; el pacto suizo de 1291; las cartas de libertad de Festo de 1316 y de Bravante en 1356; la Carta Magna del Tirol de 1342.

Todas ellas fueron fruto de una praxis política dirigida a resolver tensiones y a prevenirlas, siendo inconcebible que en su redacción no intervinieran juristas experimentados. Respecto de los *Usatges* de Barcelona cree Abadal¹²⁴ que en su compilación fue obra de «legistas romanizantes de la curia condal». Lo que sí sabemos es que en la redacción de los *Usualia* intervinieron los juristas que figuran en el prólogo: Ponç Bonfil March, juez de palacio –bastante anterior a su promulgación e hijo de otro juez de palacio, Ervigio Bonfill–, Guillem March, también juez, y Gillem Borrell, juez y gran feudalista. Además –como ha observado Rafael Gibert¹²⁵–, entre los nobles designados en dicho prólogo, eran también juristas Gombau de Basora, Hugo de Cervello y Jofre Bastons.

Hoy, desde el giro explicado por Sánchez Agesta, las instituciones políticas son impuestas constitucionalmente como una organización racional teóricamente concebida, de conformidad a la ideología dominante o a lo pactado entre los diversos partidos que representan ideologías distintas, y a veces encontradas. Lo cual no

¹²² Esta es la opinión (que revisa las anteriores) de JOAN BASTARDAS I PARERA: «Sobre la problemática dels Usatges de Barcelona» (discurso de recepción en la Reial Acadèmia de Bones Lletres, 1973), pp. 37, 44, e *Introducció a la edició de dels Usatges de Barcelona. El codi a mitjan segle XII*, Fundació Noguera, Barcelona, 1984, II, pp. 11 y s. En mis *Reflexions sobre Catalunya*, 24, Fundación Caja de Barcelona, Barcelona, 1989, pp. 55-60, repaso las diversas hipótesis formuladas respecto de la formación de los *Usatges* y su cronología.

¹²³ Respecto las «*constitucions pactades*» o leyes paccionadas en Cataluña, cfr. mi comunicación «Valor jurídico de las leyes paccionadas en el principado de Cataluña», publicada en *El pactismo en la historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1980, pp. 75-110.

¹²⁴ Ramón de ABADAL I DE VINYALS: «Prólogo» II del vol. XIV de *Historia de España*, dirigida por Ramón Menéndez Pidal, Espasa-Calpe, Madrid, 1966, pp. XLVIII y ss. Creía Abadal que esos legistas serían de la curia de Ramón Berenguer IV, precisión que debe entenderse rectificada por Bastardas al adelantar esa compilación al tiempo de Ramón Berenguer III.

¹²⁵ Rafael GIBERT: «Enseñanza del derecho en Hispania durante los siglos VI a XI», § 30, en *Ius romani medii-aeui*, pars. I, 5, b, ec, Mediolani, Guiffre, 1676, pp. 51 ss.

obsta para que políticos experimentados, o quienes les filtran determinadas enmiendas, actúen con perspectiva práctica.

La ciencia del derecho político, antes y ahora, se ha ocupado y ocupa, de diseñar científicamente las instituciones, siendo de notar que, con la referida positivización, se tiende a desplazar el estudio del derecho político por la del derecho constitucional.

c) Las instituciones de derecho administrativo también inicialmente se formaron en la práctica palatina, condal y municipal, y, modernamente, en Francia, por el Consejo de Estado. Si bien hubo un período que, con el predominio del positivismo legalista, aquí en España se redujo el derecho administrativo, como asignatura, a la exposición sistemática de la legislación administrativa —aunque la doctrina no dejó nunca de contemplar sus instituciones—, sin embargo ha vuelto a ser perfilado como ciencia por la práctica de grandes administrativistas ejercientes de la abogacía, encabezados por Eduardo García de Enterría, José Luis Villar Palasí, Fernando Garrido Falla, Laureano López Rodó, Manuel Ballvé, Jesús González Pérez y por la doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, acuciada por la labor científica de esta élite de administrativistas ¹²⁶.

3. Instituciones jurídicas-dique o límite

Hemos dicho que las instituciones-dique consisten en limitaciones impuestas por las costumbres y las leyes para evitar que las instituciones-cauce se desborden violando los principios de justicia —*honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*— o en daño del bien común.

Cuantos menos diques ponen las costumbres más los deben establecer las leyes; pero ocurre hoy que a medida que se debilitan los diques de las costumbres en defensa de la moral social, se van desbordando e incluso son suprimidos los diques legales. Lo vemos producirse de modo progresivo en casi toda Europa, y concretamente aquí en España desde hace cuarenta años. De modo tal, las «buenas costumbres» sólo se esgrimen en casos de explotación de las mujeres, acoso sexual, malos tratos, pornografía infantil, pederastia. A pesar de que en los demás casos también se produce un evidente daño al bien común y especialmente a los niños, los jóvenes y a la formación de las generaciones futuras ¹²⁷. Creo que la

¹²⁶ Cfr. *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II-II, 128, en curso de publicación.

¹²⁷ Cfr. «El matrimonio, núcleo del derecho de familia», *Verbo*, 393-394, pp. 317-320; y «La persona y el derecho», *Verbo*, 395-396, pp. 463-473.

causa de ese fenómeno se debe principalmente a la preocupación de los partidos mayoritarios por no perder su mayoría en la siguiente elección y a la presión de los medios de comunicación de masas.

Las instituciones-dique pueden actuar para cerrar el paso a algunas instituciones-cauce o bien para ponerles límites y conducirlos en determinada dirección que se considera favorable para la utilidad común. Pueden ser reductoras impeditivas, disuasorias o represivas o penales.

- Las instituciones penales pueden ser de derecho penal, político, administrativo, financiero, laboral, civil.

- Las disuasorias son aquellas instituciones-dique en la que éste no cierra totalmente el paso a las instituciones-cauce, sino que les ponen tales dificultades que disuaden a quienes pretenden crearlas o las practican, tal como ocurre imponiéndoles gravámenes fiscales o trabas administrativas insoportables.

- Las impeditivas cierran el paso a ciertas instituciones sociales del campo del derecho, dejándolas fuera de él en el terreno de los meros hechos, o bien, aun permitiéndolas penetrar en él, las sitúan, al considerarlas no convenientes, en un plano inferior en el que reducen sus efectos favorables (*v. gr.*, el concubinato en Roma, o la barragán en el Medievo respecto el matrimonio) ¹²⁸.

Las reductoras son aquellas que sin cerrar totalmente el paso a ciertas instituciones-cauce, las hacen pasar entre determinados límites.

En mi *Panorama del derecho de sucesiones*, donde ¹²⁹ formulé la distinción entre instituciones-cauce e instituciones-dique o límite, situé entre éstas: las prohibiciones legales, las legítimas formales, materiales individuales y colectivas o mejoras, los derechos viduales, la reserva vidual clásica, la reserva lineal, los límites de: «no más que...», la reversión legal y las limitaciones cualitativas de la persona del sucesor en determinados bienes o patrimonios especiales (sucesión en casas baratas, patrimonios familiares de colonización y explotaciones familiares agrarias). En ellas unos límites son impeditivos, otros civilmente penalizadores y otros reductoras.

En un derecho históricamente caracterizado por la libertad, como el mercantil –por ejemplo–, existen, no obstante, instituciones-dique de diversos tipos. De tipo reductor, más o menos rígi-

¹²⁸ Cfr. *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol. II. *Elaboración sistemática*, vol. 1.º, 114, c, pp. 592-595, y «Reflexiones en torno los confines del derecho», I, *Verbo*, 385-386, pp. 367 s.

¹²⁹ *Panorama del derecho de sucesiones*, I, 159-439, pp. 361-955.

do, son las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas legalmente reguladas, que marcan límites más o menos rígidos o fluidos, dentro de los cuales y únicamente a través de ellos su cauce puede discurrir regularmente. También existen en él instituciones-límite impeditivas o penalizadoras en defensa de la competencia y de los consumidores y usuarios.

En el apartado anterior acabamos de ver que, en caso de excesiva rigidez o inadecuación de las instituciones-dique o límite, la realidad en las diversas circunstancias de la vida trae aparejado que las instituciones-cauce sorteen los diques limitativos y, dando un rodeo, se abran paso para atender a las finalidades útiles, permanentes o nuevas, a las que tratan de servir. Las leyes, a veces, llegan a incorporarlas y legalizarlas —como ha ocurrido con el legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo que se trata de convalidar por medio de una cautela testamentaria, que han asumido en cierta medida, considerándola tácitamente puesta¹³⁰, los Códigos civiles francés (en su art. 917), italiano (art. 810) y español (art. 821 núm. 3)—; otras veces se imponen en la práctica y la jurisprudencia de los tribunales admite su validez¹³¹, o incluso la reconocen algunas leyes¹³². En otras se trata de cerrarles el paso, produciéndose un forcejeo, por el cual —dice Cornil¹³³—, cuando estos «usos extralegales, e incluso ilegales, obedecen a un impulso verdaderamente imperioso se hacen costumbre», y la consecuencia de esa lucha entre el uso y la ley «no es dudosa: en lugar de lograr la ley eliminar el uso que reprueba, es el uso que apoyado en las costumbres, llega finalmente a forzar su entrada en la ley». A veces interviene la jurisprudencia judicial ya sea imponiendo el texto de la ley o bien arbitrando soluciones de equidad.

¹³⁰ Cfr. mi estudio «La llamada “cautela Socini” tácita o legal», *ADC*, XV-III, 1962, pp. 589-615, recogido en mis *Estudios de derecho sucesorio*, II, 2.ª ed, pp. 469-509, especialmente pp. 489 ss.

¹³¹ La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en SS de su Sala Primera de 29 de diciembre de 1939 y 12 de diciembre de 1958, admitió la validez de sendas cautelas de opción compensatoria de la legítima.

¹³² Así: el *Código de sucesiones de Cataluña*, en su art. 360, § 2.º dice: «No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta con la prevención expresa de que si el legitimario no acepta dichas limitaciones o cargas su derecho se reducirá estrictamente a la legítima, facultará a éste para optar entre aceptar la citada disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya solamente la legítima, libre de éstas.» Y el art. 49 de la *Compilación de Baleares*, dice: «La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que si no acepta las cargas o limitaciones que se le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará a aquél para optar entre aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima, libre de toda carga o limitación.»

¹³³ G. CORNIL: *Op. cit.*, p. 65, ed. en francés, o p. 97, ed. en castellano.

4. Instituciones formales, de publicidad y procedimentales

Se trata de instituciones adjetivas al servicio de las relaciones e instituciones sustantivas, que tienen la finalidad de defender que se guarde el debido respeto a éstas y proteger su adecuado funcionamiento.

Casi todas esas instituciones han sido elaboradas progresivamente por la práctica o, por lo menos, reclamadas por ella dada su necesidad, de modo tal que mientras las leyes no las proveen, la práctica trata de suplirlas en lo posible. Luego la ciencia del derecho las define, analiza, explica y clasifica; las leyes las establecen, aprovechando estas enseñanzas, y la doctrina vuelve a desenvolverlas científicamente, las desentraña, define, clasifica y explica.

Trataré de exponer, en una breve perspectiva muy general, los tres tipos enunciados en el epígrafe.

A) Las *instituciones formales* tienen por objeto exteriorizar, dar seguridad y fijeza, a veces validez y otras valor, a las instituciones sustantivas que la requieren.

Rafael Núñez Lagos trató magistralmente de las diversas formas en un estudio¹³⁴ del que aprendí mucho reseñándolo¹³⁵, y que ahora utilizaré como guión.

Parte este trabajo de que el mundo jurídico «está dividido en dos campos: normas y hechos» [...] «El hecho es el reactivo de la norma. La eficacia en *potencia* de la norma se convierte *in actu* gracias al hecho [...]»; «la eficacia abstracta de la norma incorporada al hecho –hecho jurídico– produce efectos jurídicos»¹³⁶.

Las normas se promulgan y publican para su conocimiento y, una vez publicadas, su ignorancia no excluye su cumplimiento¹³⁷; la existencia de los hechos en cambio es necesario conocerla.

«Hay –sigue R. Núñez Lagos¹³⁸– hechos materiales ostensibles *in rerum natura*: el nacimiento, la muerte, el incendio, la edificación, etc. Para el derecho son hechos *patentes*. No habría problema respecto de su existencia, acreditable *de visu* si al derecho no le preocuparan dos categorías lógicas fundamentales: el tiempo y el

¹³⁴ Rafael NÚÑEZ LAGOS: *Hechos y derecho en el documento público*, I.N.E.J. Madrid, 1940.

¹³⁵ ADC, III-IV, 1950, p. 1293-1299.

¹³⁶ R. NÚÑEZ LAGOS: *Op. ult. cit.*, 3, pp. 15 s.

¹³⁷ Art. 6, 1, § 1.º CC: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.» Sin embargo esta norma ha sido controvertido. Cfr. a este respecto el discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Joaquín Costa, «El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el *status* individual, el referéndum y la costumbre», Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (discurso de ingreso), Madrid, 1901.

¹³⁸ R. NÚÑEZ LAGOS: *Op. ult. cit.*, 4, pp. 16 s.

espacio. El derecho necesita recoger esos hechos materiales y patentes para fijar no sólo su existencia, sino las circunstancias de lugar y tiempo [...].

Hay hechos *inmateriales*, internos imperceptibles directamente por los sentidos, pertenecientes al mundo del espíritu –ideas, resoluciones, prestaciones de consentimiento, etc.– que tienen que hacerse sensibles no sólo al mundo físico exterior, sino al mundo jurídico. *De internis non iudicat.*»

Forma, dice el mismo Rafael ¹³⁹, es «esa exteriorización o expresión del hecho [...]. Es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico [...]».

»En un sentido más restringido la forma es fórmula mágica, indispensable para que un acto nazca jurídicamente.

Las formas jurídicas las clasifica, desde varias perspectivas, en:

a) *Formas obligatorias y formas libres*. Las primeras «son de ineludible cumplimiento para que el hecho tenga existencia jurídica (Formas de ser. *Forma dat esse rei*. Formas *ad solemnitatem, ad substantiam*) ¹⁴⁰.

b) *Formas de ser y formas de valer*. Acerca de las primeras recoge la explicación de José González Palomino ¹⁴¹: «Las formas del ser pueden ser exigidas por la ley o establecidas por los interesados con finalidad de que el negocio no sea, no exista sin la forma. La forma, en tales casos, no es ingrediente separado de la declaración de voluntad [...]. La forma es constitutiva.» Y sigue Núñez Lagos ¹⁴²: «Las formas de valer no pertenecen al aspecto “existencia” del hecho jurídico [...] sino al de la “valoración” del hecho jurídico.»

c) *Formas litúrgicas o ceremoniales y formas funcionaristas o de autoridad*. En las primeras la forma es el rito, la fórmula –como, en Roma, el testamento *per aes et libram*, la *mancipatio*, el matrimonio «en tres actos: *traditio, deductio in domum* y *confarreatio*, el divorcio por *desfarreatio*; la *stipulatio* ¹⁴³». En las segundas, la forma –dice– la da «el funcionario *ad hoc*» –como, en Roma, la *in iure cessio*, la *confessio in iure*, el *ius iurandum in iure delatum*, y, más tarde, la *insinuatio*, todos ante el juez ¹⁴⁴.

¹³⁹ *Ibid.*, 5, pp. 17 s.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 7, p. 20.

¹⁴¹ JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de derecho notarial*, vol. I, tema II, F, p. 105.

¹⁴² R. NÚÑEZ LAGOS: 8, pp. 21 s.

¹⁴³ *Ibid.*, 10, pp. 22-24.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 11, pp. 25 s.

Junto a la *forma* asoma la *prueba*. En ese aspecto –como dice el mismo Núñez Lagos¹⁴⁵– del hecho jurídico «interesa al derecho: 1, la existencia o forma; 2, la persistencia o prueba. Se trata del mismo hecho jurídico en distinta dimensión; ha intervenido el tiempo, dándole una dimensión más al hecho jurídico». Con la prueba preestablecida va unido el concepto de documento y la fe pública ligada a él¹⁴⁶. Antonio Rodríguez Adrados ha dado dos lecciones magistrales: *La persistencia de la oralidad en la escritura pública* y *La dogmática del instrumento público y la glosa Accursiana*, que llenan y explican luminosamente el largo período en que se forja el documento auténtico.

Ahora bien, al lado de lo que podremos denominar *forma externa del documento público* que, a la vez, le dota de autenticidad, existe la *forma interna del acto o negocio documentado*; y, es de notar, que aquella forma externa del documento se halla de tal modo entreligada con la forma interna, que la función documental pública autenticadora se impuso en el Bajo Medievo sobre los demás medios técnicos que entonces se esbozaron y ensayaron para lograr la anhelada autenticidad¹⁴⁷. La solución consistió en encomendar a unos profesionales de la redacción de documentos jurídicos, del *ars notariae*, esa función pública de dotar de forma auténtica a los documentos¹⁴⁸. Estos profesionales, o sea los notarios, en su ejercicio simultanearon ambas funciones –como reclamaba el desarrollo del comercio en la resurgente vida municipal¹⁴⁹–. Más tarde, algunos de esos prácticos, fueron los primeros expositores de la teoría del *ars notariae*, en la que sobresalieron Raniero de Perugia, Rolandino y Salatiel.

B) Las *instituciones de publicidad* son complemento de las documentales, para que su conocimiento sea asequible a todos los terceros que puedan tener interés en conocerlas.

Ahora bien, la publicidad de ciertos hechos y relaciones jurídicas –dada su visibilidad sustancial– ellos la difunden *per se*, por sí mismos. Es el caso de la situación y estado físico de los inmuebles, de las señales de tráfico, de los signos sensibles de servidumbre, de los hechos notorios, de la posesión de bienes inmuebles. Pero existen muchas cosas, relaciones jurídicas, situaciones y negocios jurídicos que de por sí no tienen publicidad y, para dotarlos de ella, el derecho

¹⁴⁵ *Ibid.*, 12, p. 26.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 13, pp. 26 ss.

¹⁴⁷ Cfr. JOSÉ BONO HUERTA: *Historia*, cit., I-2, 68-70, pp. 87 y ss. A estos textos me refiero en *Parte sistemática*, 85, C, p. 426.

¹⁴⁸ Cfr. *Parte sistemática*, 208, párrafos que llevan las notas 18, 19 y 20, pp. 1080 s.

¹⁴⁹ Cfr. *Perspectiva histórica*, 96, C, pp. 254 s.

ha provisto varios sistemas de publicidad. Hoy predomina el sistema de registros públicos, de los cuales, en mi *Metodología de la ciencia del derecho a lo largo de la historia, Elaboración sistemática*, vol. II, pendiente de publicación, he tratado ampliamente de los registros civil, de la propiedad industrial, mercantil, de buques, de aeronaves, y de la propiedad inmueble, y a lo dicho allí me remito.

C) Las *instituciones procedimentales* tienen por objeto dotar de operatividad, seguridad y certeza a los procesos de cualquier clase que sean, exigidos por todo tipo de relaciones que la requieran, bien sea para su correcto funcionamiento o para la consecución de su finalidad resolutoria, extrajudicial o judicial.

Estas instituciones también fueron inicialmente elaboradas por la práctica de quienes ejercían la correspondiente función, aunque prontamente, utilizando la experiencia de esa práctica, las regularon las leyes, y, más tarde, los científicos se han ocupado de ellas, explicándolas críticamente y, con ello, han contribuido a su perfeccionamiento.

Limitándome a lo que en este punto he estudiado, puedo poner como ejemplo de regulación por usos, que se elevarían a leyes, el núcleo inicial de los *Usatges* de Barcelona, es decir, la elaboración de los *Usualia* –promulgados por el conde Ramón Berenguer I el Viejo y su mujer Almodis, con aclamación y aquiescencia de sus más ilustres vasallos–, que consistió en una recopilación de usos procesales de aquella época feudal, labor recopiladora de la que se encargaron los jueces de palacio que aparecen citados en el prólogo, Pons Bonfill y March, Ervigio Bonfill, Guillem March y Guillem Borrell¹⁵⁰.

La labor científica acerca de estos procedimientos, en el Bajo Medievo, comenzó con glosas y comentarios, a las que siguieron exposiciones sobre temas judiciales y procesales, como son los enumerados en el primer volumen de mi tercera *Metodología*¹⁵¹. Pero ha sido desde fines del siglo XIX y durante el siglo XX cuando se ha desarrollado el estudio, la exposición y la explicación científicas del derecho procesal y de sus instituciones¹⁵².

No todas las instituciones procedimentales son de derecho procesal ni de cuestiones contenciosas. Las hay civiles –como el concurso de acreedores–, mercantiles –como la suspensión de pagos y la quiebra–, notariales –como los seguidos para la reconstrucción de protocolos, la ejecución extrajudicial, declaraciones de heredero

¹⁵⁰ Cfr. mis *Reflexiones sobre Cataluña*, 24, p. 59, en rel. con 30, A, p. 71.

¹⁵¹ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 25, A, p. 141.

¹⁵² Cfr. *Parte sistemática*, 209, p. 1092, párrafo a).

ros abintestato, etc.—, administrativos¹⁵³, tributarios, económico-administrativos, gubernativos, etc. Tampoco las instituciones procedimentales que estudia el derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, laboral, ni siquiera las que estudia el derecho procesal civil, son todas contenciosas, pues existen las de jurisdicción voluntaria.

IV. FUNCIÓN ESTRUCTURAL DE LAS INSTITUCIONES

1. Función teórica y su función práctica

Hemos visto que las instituciones son elaboradas por la práctica jurídica, y son definidas, analizadas y clasificadas por la ciencia expositiva y explicativa del derecho. La práctica nada hace sin una finalidad determinada y, dado que la ciencia del derecho no es —no debe ser— mera especulación, su finalidad también, como vengo repitiendo, se halla al servicio de la práctica —tal como la ciencia médica se pone al servicio de la práctica preventiva y curativa de las enfermedades—. Por ello es razonable que la ciencia del derecho utilice las instituciones para determinadas funciones prácticas y teóricas al servicio de la práctica. En el fondo se trata de observar con perspectiva diferente y en momentos distintos las mismas funciones. La práctica observa las instituciones a medida que las elabora y las utiliza, y la ciencia teórica las observa, contemplando, además, de qué modo esa práctica las configura y las utiliza funcionalmente.

Savigny¹⁵⁴ se ocupa de ellas al elaborar científicamente su *Sistema de derecho romano actual* [«actual» entonces], y las contempla en su doble función: de ser traducidas en normas por el legislador, y de retornar a la realidad esas normas legales, a fin de aplicarlas adecuadamente, mediante interpretarlas a través de la misma institución traducida en esa norma que se trata de aplicar. Es un proceso, primero, de ascenso a las normas legales, en el cual Savigny utiliza la institución una vez elaborado su concepto, a fin de traducirlo luego en normas legales; y, después, de descenso, en otra fase en la cual la interpretación utiliza la institución para aplicar adecuadamente la norma al caso real.

Ya hemos visto¹⁵⁵ cuáles han sido las críticas que esos rodeos han merecido.

¹⁵³ Cfr. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: *Manual del procedimiento administrativo*, Cívitas, Madrid, 2000, especialmente su título IV, de su parte general, pp. 203-423, y su parte especial, pp. 427-636.

¹⁵⁴ SAVIGNY: *Sistema*, V, pp. 66 s.

¹⁵⁵ *Supra*, 1, párrafos que llevan las notas 5 y 6.

También hemos observado que Ramón María Roca Sastre ¹⁵⁶ observa ambas funciones prácticas, sin dar rodeo alguno de conceptualización.

En una, el legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas) las utilizan a fin de elaborar las normas, y advierte: «En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses.» En otra, la utilización de las instituciones tiene la función práctica de juzgar –tal como hemos visto en el primer volumen de esta tercera metodología ¹⁵⁷–.

Roca Sastre ¹⁵⁸ explica que la función del derecho institucional es la de ayudar a los jueces y tribunales a fin de que hallen una solución adecuada a los casos jurídicos. Y lo hace del siguiente modo: cuando «se produce una laguna o insuficiencia legislativa», ésta «habrá de llenarse mediante la aplicación analógica o la interpretación extensiva; y, en último término, por los principios generales de derecho de que nos habla el artículo 6.º del Código civil español [se refería a su versión de 1889]; pues, según este precepto, el juez nunca puede dejar de sentenciar por tal motivo [de «oscuridad o insuficiencia de las leyes»]. Pues bien, el juez para mejor desempeñar este cometido, contará con un resorte excelente, mediante el derecho institucional, pues le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada, con lo cual no creará normas sino que, sin extravasar su función, por lógica institucional aplicará la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución escogida». El derecho institucional servirá así de «cantera abundante» para que el juez busque en él «las normas integradoras en la aplicación del derecho positivo respectivo».

Por mi parte, tomo por punto de partida la naturaleza de las cosas y de cada cosa, considerando –como he expuesto ¹⁵⁹– que comprenden: la expresión *rerum natura* todas las cosas divinas y humanas, en su conjunto; y, la expresión *natura rei*, cada cosa por separado. Ambas incluyen, al mismo tiempo, cosas y relaciones de las cosas, ser y movimiento, con sus causas, fines y valores, integrándose en ellas los hombres y las relaciones entre ellos mismos

¹⁵⁶ *Ibid.*, textos que corresponden a la nota 10.

¹⁵⁷ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 181, p. 1044, *in fine*.

¹⁵⁸ ROCA SASTRE: «Prólogo» a la cit. obra de Puig Brutau, pp. 14 ss.

¹⁵⁹ «La naturaleza de las cosas y de cada cosa, y su cognoscibilidad por los hombres, 2, b, *ADC*, LIII-IV, 2000, p. 1326.

—entramados en relaciones orgánicas, en comunidades y sociedades—, con su entorno físico, climático, biológico —o sea, todo lo que constituye su existencia—, así como los hechos que les afectan, sus actos y negocios. Es decir, comprende el orden dinámico ínsito por Dios en su obra creadora, en el cual los hombres actúan como causa segunda.

Entre las partes inseparablemente integrantes de la naturaleza de cada cosa, en algunas la actividad del hombre interviene en mayor grado y, entre ellas, en el campo jurídico la labor del hombre es muy amplia e intensa.

Así entendida, la naturaleza jurídica de las cosas forma una retícula de instituciones entramadas en un sistema, y cada institución viene a constituir una célula jurídica, con su propia naturaleza (su *natura rei*).

Los hombres, en su práctica, las elaboran funcionalmente —como las abejas sus panales—; y, a la vez que las elaboran, las utilizan: primero al configurar sus negocios; después al vivirlos en usos y costumbres; posteriormente, al conformarlos normativamente en leyes, y, finalmente, en su labor integradora e interpretativa. Esta es, en suma, la *función jurídico-práctica de las instituciones*.

A su vez, los científicos del derecho, al retornar su mirada a esa labor práctica, asumen la tarea de definir esas instituciones, y deslindarlas y clasificarlas, primero, y la de exponerlas, explicarlas y estructurarlas, después. Así se trata de explicar funcionalmente el derecho tal como es en su estructura real, en la *función teórica* que la ciencia del derecho realiza con las instituciones. Finalmente, una vez afinadas éstas, se trata de explicar su configuración en tipos y series de tipos, que sirven de ayuda a la práctica legislativa para que ésta efectúe su formulación normativa, y a la práctica de la determinación del derecho para intelegir, integrar e interrelacionar estas normas en un sistema.

Un ejemplo de cuál es el interés social práctico de la función explicativa de las instituciones como modelo para la concreción determinativa negocial y conflictual de lo que es derecho, nos la muestra Maité Lafourcade¹⁶⁰, bajo su punto de vista sociológico, «desvelando las minutas de los notarios que ejercieron en el Labourd de 1700 ó 1789», concluye¹⁶¹:

¹⁶⁰ Maité LAFOURCADE: *Mariages en Labourd sous l'Ancien régime*, Servicio editorial del País Vasco, Bilbao, s.f. Cfr. una síntesis de esta tesis en *Perspectiva histórica*, 221, A, a, pp. 752-755.

¹⁶¹ Maité LAFOURCADE: *op. cit.*, pp. 19 s.

«Las capitulaciones matrimoniales son una fuente de información particularmente preciosas en el País Vasco. En efecto, con ocasión del matrimonio del hijo mayor de la familia, varón o hembra, se transmite de generación en generación el bien familiar por donación *propter nupcias*. Ya que la casa familiar, el *etcheondo*, era la piedra angular de todo el edificio político y social vasco, y las instituciones jurídicas tenían por fundamento esencial el mantenimiento de la familia en un fundo indivisible. Este objetivo se realizaba por la transmisión del patrimonio familiar a un solo heredero con ocasión de su matrimonio, a fin de que éste, en vida de sus padres, se asociara a éstos en la gestión y la explotación de la heredad familiar sin producirse interregno. El primogénito, varón o hembra, era escogido porque era considerado el más pronto apto para regir bien el dominio familiar. Sus capitulaciones matrimoniales, órgano de la transmisión de los bienes patrimoniales, era pues el acto más importante de la vida civil vasca.»

«Las capitulaciones matrimoniales en el País Vasco –sigue la autora– no solamente regulaban las relaciones entre los esposos, sino también la suerte de todos los miembros de la familia del heredero o heredera que se casa. Los padres, que asignaron la heredad familiar a favor del matrimonio de su hijo mayor, le imponen ciertas condiciones a fin de asegurar su propio porvenir y el de sus otros hijos. Fijaban derechos legitimarios y sucesorios paternos y maternos, que serían entregados a los segundogénitos (*cadetes*) al marchar del hogar familiar, a su mayoría de edad o al casarse. Los brazos sobrantes eran así eliminados de una tierra muy pobre y exigua para permitir que en ella viviera demasiado número de familias. Dado que el país tenía una larga apertura hacia el Océano, los segundones se embarcaban, generalmente para dedicarse a la pesca, en los puertos de San Juan de la Luz o de Bayona, o para ir a buscar fortuna en las Indias, o marchaban como mozos o sirvientes a las villas, bastantes iban a incrementar el muy elevado número de sacerdotes vascos; algunos, mejor dotados, se establecían en las tierras vírgenes que compraban a la comunidad y que desforestaban. No obstante, conservaban siempre el derecho de hallar refugio en el *etcheondo* si eran maltratados por las pruebas de la vida.»

«Estos usos, destinados a establecer un equilibrio entre los recursos del país y la población que éste podía mantener, prueban el espíritu práctico y la sabiduría (*sagesse*) de quienes los elaboraron en el transcurso de siglos, y luego las fijaron al redactar su *coutume* en el siglo XVI. Los campesinos vascos la aplicaron sin derogarla

ni modificarla hasta que las leyes revolucionarias les impusieron instituciones a las que eran totalmente hostiles.»

Otra muestra de esa función práctica de las instituciones elaboradas también por la práctica, observada en su reflejo en las escrituras de capitulaciones matrimoniales autorizadas por notarios de las merindades de Durango, Uribe, Zornoza, Las Encartaciones y Arratia y en Biblias entre 1823 y 1833, nos la ofrece Itziar Monasterio ¹⁶² bajo una perspectiva jurídica.

Y un ejemplo de la función de las instituciones en la elaboración científica del derecho, y de su aptitud para repercutir en la práctica nos la muestra Roca Sastre, al clasificar, definir y explicar los diversos tipos de heredamientos empleados en Cataluña ¹⁶³. Seguidamente vamos a ver cómo esa labor científica, expositiva y explicativa ha repercutido en la función práctica legislativa compiladora.

2. Su función en la práctica de legislar

Hemos visto, al principio del apartado anterior, de qué diverso modo Savigny, Jhering y Roca Sastre entendieron cuál es la función práctica de las instituciones en la elaboración de las normas legales. Este último dice ¹⁶⁴ que el legislador «adopta (a veces inconscientemente) una determinada figura o institución jurídica entre las varias que puede suministrarle el derecho institucional», para, con esa pauta, dictar «las normas pertinentes».

Ésta es una función que propiamente corresponde estudiar en la metodología de las leyes. En la mía, examino los diversos modos cómo la ciencia de legislar ha entendido que debe legislarse, desde sus precedentes clásicos hasta los de la Modernidad —en ésta con las excepciones de Vico y Montesquieu— y desde Bentham y Comte a la actual apertura en el ámbito de la ciencia jurídica alemana por la *Wertungsjurisprudenz* ¹⁶⁵. Clasificó panorámicamente las diversas posiciones metodológicas adoptadas por la ciencia de legislar ¹⁶⁶. Observo la *theoria*, la *praxis* y la *poiesis*, en su empleo por las diversas tendencias legislativas ¹⁶⁷. Y concluyo pronunciándome

¹⁶² Itziar MONASTERIO AZPIRI: *Los pactos sucesorios en el derecho vizcaíno*, II, *Análisis de los documentos*, caps. 6-23 y conclusiones, Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, pp. 211-639 y 641-643.

¹⁶³ Cfr. *Parte sistemática*, 236, 3, pp. 1257 s.

¹⁶⁴ ROCA SASTRE: «Prólogo» al citado libro de Puig Brutau, p. 14.

¹⁶⁵ *Metodología de las leyes*, 228-234, pp. 633-652.

¹⁶⁶ *Ibid.*, 235-236, pp. 653-659.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 237-248, pp. 660-692.

por un retorno a una ciencia prudencial legislativa frente a las formulaciones ideológicas y contra el empleo de técnicas legislativas al servicio de la ideología que se sigue; y, en fin, para ese retorno propongo las bases siguientes ¹⁶⁸:

- 1.º Tomar por medida la *rectitud*.
- 2.º Orientarse al fin de lograr, en cuanto sea posible, la *justicia general o legal*, y las *particulares: distributiva y conmutativa*.
- 3.º Partir de que la ley *no es el derecho mismo sino «cierta razón del derecho»*.
- 4.º Comenzar por *el conocimiento del ser de todas las cosas*.
- 5.º Emplear la *razón práctica*.
- 6.º Abarcar el conocimiento *existencial y vivo, imprescindible para comprender íntegramente la naturaleza, que es irreductible a una generalización* que simplifica y disecciona las figuras generales representativas.
- 7.º Captar la *naturaleza de las cosas* con nuestras facultades del *sensum naturalis* y de la *naturalis ratio*, de modo tal que nos permita obtener una *ontología universal* que sea un reflejo lo más exacto posible de la realidad óptica de la *natura rerum*.
- 8.º Tener presente que es función de las leyes positivas la formulación en normas escritas, de las *conclusiones*, obtenidas prudencialmente, de la proyección de los primeros principios de la ley ética-natural, captados por *sindéresis*, adecuadamente a las circunstancias sociales de cada lugar y tiempo; y la de efectuar las *determinaciones* apropiadas en aquello que, conforme lo naturalmente justo, puede ser de un modo o de otro, cuando para el buen orden jurídico y social esta determinación resulta necesaria (*v. gr.* circular por la derecha o la izquierda, detenerse cuando el semáforo está en rojo y pasar si está en verde si la circulación lo requiere, etc.).
- 9.º Percatarse de que el campo de las leyes humanas no es el de lo absolutamente verdadero, sino de lo *probable*, de lo *más verosímil*, de lo que ocurre *en general* y, por ello, corresponde a la *prudencia política* su formulación.
10. Dejar el debido margen a la libertad operativa, dentro de las limitaciones éticas y fácticas que aquélla impone, por la misma razón indicada, al adecuar la *razón práctica* a las leyes, para que sean conformes a lo que generalmente resulta justo por naturaleza.
11. Efectuar esa adecuación prudencial de las normas legales *secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens*, conforme en palabras de San Isidoro de

¹⁶⁸ *Ibid.*, 249-250, pp. 693-703.

Sevilla ¹⁶⁹, explicó Santo Tomás de Aquino ¹⁷⁰ y desarrolló Montesquieu ¹⁷¹.

12. Tomar por pauta de esa labor prudencial la *ordenación al bien común*, materia de la *justicia general o legal* y objeto de la *prudencia*.

13. Considerar la sociedad como una comunidad de hombres concretos, que ha de articularse fundamentalmente por los principios de *participación*, de *solidaridad* y de *subsidiariedad*, en un entramado de cuerpos sociales de distinta clase, orden y grado.

14. Dar preeminencia al bien moral, para que el *homo faver* no devore al *homo sapiens*, para que la sociedad se asiente en un lecho o sedimento de *actos* de justicia —conforme expresó Marcel de Corte ¹⁷²—; ya que ese peligro se acrecienta cada día más por haberse acostumbrado el hombre a juzgar el bien y el mal de las cosas desde un punto de vista exclusivamente técnico, amoral. Esto, sin duda, es consecuencia de lo que el filósofo Sciacca denominó la *pérdida del límite* ante lo que nos trasciende ¹⁷³, que ha dado lugar a lo que él califica de *enloquecimiento de la razón*, por confundir lo útil y lo eficaz con lo bueno, y por razonar lógicamente haciendo abstracción de lo verdadero ¹⁷⁴.

Desde que se publicó, ya hace diez años, mi *Metodología de las leyes*, he profundizado mucho estas observaciones en mis dos volúmenes de *Metodología de la determinación del derecho* y en el primero y la primera parte de este segundo de la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*. Por ello, posiblemente articularía en distinto orden estas catorce bases, comenzando por las más generales, terminando por las más operativamente concretas, y partiendo de la conclusión a que hemos llegado, en los dos anteriores capítulos, de que la labor práctica del hombre articula la naturaleza de las cosas en una retícula o entramado de instituciones, que la ciencia del derecho expone y explica, y que éstas *instituciones* —como genialmente observó Savigny y, con más sencillez y realidad, ha explicado Roca Sastre— *debe traducirlas el legislador en normas adecuadas*, dando ese último paso en el camino para culminar la labor que sintéticamente acabamos de explicar.

¹⁶⁹ San ISIDORO DE SEVILLA: *Etimologías*, 2, 10, 6, y 5, 21.

¹⁷⁰ Santo TOMÁS DE AQUINO: *S. Th.* 1.^a-2.^{ae}, 95, 3, *resp.*

¹⁷¹ Cfr. mi síntesis de ese desarrollo de Montesquieu en *Metodología de las leyes*, 231, pp. 643-645.

¹⁷² Marcel de CORTE: *De la justice*, Jarzé, Dominique Martin Morin Ed., 1973, p. 19.

¹⁷³ Michele Federico SCIACCA: *L'oscuramento d'ell intelligenza*, Marzoratti, Ed., Milán, 1979, parte I, cap. I, pp. 19 ss.

¹⁷⁴ *Ibid.*, «La ragione impazita», en *Il magnifico oggi*, cap. VI.

Un claro ejemplo de esa función que cumplen las instituciones nos la ofrece la referida ¹⁷⁵ labor de Ramón María Roca Sastre de tipificar y definir las diversas figuras de heredamientos, que –como vimos en *Metodología de la determinación del derecho* ¹⁷⁶– sirvieron al compilar el derecho civil especial de Cataluña para articular toda la normativa de los heredamientos –materia de la cual, como de toda la parte dedicada al derecho de sucesiones, fue ponente el mismo Roca Sastre–, y ha pasado al *Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña*. En éste, los artículos 71 a 78, contienen las disposiciones generales de los *heredamientos a favor de los contratantes*; los artículos 70 a 83 la normativa del *heredamiento simple o de herencia*; los artículos 84 a 89 la de los *heredamientos acumulativos y mixtos*; los artículos 90 y 91 contienen las disposiciones generales de los *heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes*; y, respecto de éstos el artículo 92 regula los *heredamientos puros*, y los 93 a 98 los *heredamientos preventivos y prelativos*; finalmente los artículos 99 y 100 contienen la normativa de los *heredamientos mutuales*.

Ahí tenemos siete instituciones elaboradas por la práctica, definidas, explicadas y clasificadas doctrinalmente por Roca Sastre, y traducidas en normas legales por el legislador catalán.

3. Función práctica

Hemos visto, en la *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, que interpretar es un explicar, mediando entre el derecho y el hecho ¹⁷⁷, que incluye la comprensión o intelección de las normas y la explicación de las cosas a que se refiere el texto –y la de éste, por ellas ¹⁷⁸. Acerca de la interpretación jurídica observamos, allí en concreto, que –paralelamente a esta composición dual de la interpretación entendida en general– la interpretación jurídica comprende la intelección de la ley y la explicación de los hechos constitutivos del derecho ¹⁷⁹.

Al principio de este estudio de las instituciones jurídicas, hemos visto que cada sistema jurídico contiene un entramado o retícula de instituciones, que vienen a ser las células del derecho. Por lo tanto, la explicación interpretativa debe efectuarse penetrando en el sentido y contenido de estas instituciones; y que sólo puede lograrse la

¹⁷⁵ Cfr. *supra* nota 102.

¹⁷⁶ II, *Parte sistemática*, 237, 3, p. 1258.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 91, pp. 463 s.

¹⁷⁸ *Ibid.*, 97-98, pp. 498-505.

¹⁷⁹ *Ibid.*, 158, pp. 827-833.

intelección de la ley mediante la comprensión de la institución a la que su texto se refiere¹⁸⁰. Pues bien, la cosa del texto de las normas legales es la institución que en cada una de ellas es regulada, como ya explicó Savigny¹⁸¹.

En efecto, el mismo fundador de la escuela histórica explica¹⁸² que los jurisconsultos «rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real». En ese camino operativo emprendido por Savigny, profundizaría más Jhering¹⁸³, para explicar cómo «se ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al que se aplica, lográndose por su medio una transformación interna de las reglas de derecho, éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se desprenden de su forma de prohibiciones y de mandatos para reconvertirse en elementos y cualidades de relaciones jurídicas». A su entender:

«Las reglas del derecho como tales no tienen esa fuerza generatriz, permanecen inertes hasta que son reducidas a elementos simples y colocadas en línea ascendente o descendente, según las relaciones y el grado de parentesco que tienen con otras; o lo que es lo mismo, hasta que pueden testimoniar su descendencia de otras nociones y crear, a su vez, otras nociones sacadas de su propio seno.»

Y, asimismo, en el primer volumen de mi tercera *Metodología*, hemos visto¹⁸⁴ que Ramón María Roca Sastre advierte que «ocurre con frecuencia, en gran parte por el criterio de que los códigos han de ser breves», que el legislador «deje de normar ciertos extremos, con lo que se produce una laguna o insuficiencia legislativa, que habrá de llenarse mediante la aplicación analógica o la interpretación extensiva». Para lo cual, al juez, para mejor desempeñar este cometido, «le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada, con lo cual no creará normas sino que, sin extraviarse de su función aplicará [yo diría «inteligirá»] por lógica institucional la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución elegida». De ese modo, el derecho institucional –termina Roca Sastre– servirá

¹⁸⁰ Dice Paul RICOEUR: «Expliquer et comprendre», I, en *Du texte à l'action*, Ed. Du Seuil, París, 1986, p. 168: «Lo que debe comprenderse de un relato, no es ante todo a quien habla en el texto, sino aquello de lo que habla, la *cosa del texto*, a saber la parte del mundo que la obra despliega de cierto modo en el texto.»

¹⁸¹ Cfr. *supra* 1, párrafo que lleva la nota 3.

¹⁸² *Ibid.*, párrafo que lleva la nota 4.

¹⁸³ *Ibid.*, 2, párrafo siguiente al que lleva las notas 20 y 21.

¹⁸⁴ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 181, párrafo que contiene la nota 417, p. 1044.

de «cantera abundante», para que en ella se busquen «las normas integradoras en la aplicación del derecho positivo respectivo».

En forma esquemática, Casals Colldecarrera ¹⁸⁵ distinguió dos modos de codificar: uno el de normas legales «con su pretensión de autosuficiencia legislativa» y, otro, el de «*compilación de instituciones que conviene conservar*», que –dice– «carece de toda pretensión de autosuficiencia» y «asigna a la interpretación una función muy típica» de «integración de las instituciones compiladas», que «ha de estructurarse necesariamente según las directrices del método histórico».

Ese método interpretativo e institucional, explicativo e integrador del sentido de las leyes vigentes por el derecho histórico, aunque éste haya sido expresamente derogado –método que he utilizado para inteligir el Código civil partiendo del derecho castellano histórico ¹⁸⁶– ha sido preconizado y empleado por autores tan caracterizados en el derecho común español como Federico de Castro y Rafael Núñez Lagos y asimismo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Dice Federico de Castro ¹⁸⁷: «En nuestro derecho, la antigua legislación y la doctrina de nuestros juristas clásicos prestan un doble servicio: 1.º Para conocer el espíritu tradicional del derecho, lo que permitirá formular los principios tradicionales. 2.º Para interpretar el Código civil, en cuanto éste ha de contener el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio (base 1.ª, L. de B.). En la jurisprudencia se usa de ambos modos, hablándose indistintamente de elemento histórico y de tradición jurídica (así, entre otras, STS de 23 de junio de 1940, 27 de junio de 1941, 11 de noviembre de 1944, 5 de junio de 1945; STS Social de 22 de diciembre de 1946).» No ofrece duda que, a través de los principios tradicionales, el derecho anterior al Código civil, tiene valor integrativo y no sólo interpretativo.

Y según, Rafael Núñez Lagos ¹⁸⁸: «El jurista español vive con la falsa impresión de que el Código le separa y aísla del viejo derecho castellano. Ha sentido el Código como muralla y frontera, y no

¹⁸⁵ Miguel CASALS COLLEDECARRERA: «La interpretación», en *Curso de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código civil*, Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona, Barcelona, 1975, p. 30.

¹⁸⁶ En *Metodología de la determinación del derecho*, II, Parte sistemática, 77, pp. 377-383, indico varias materias en las cuales he acudido al derecho castellano histórico para inteligir el Código civil.

¹⁸⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, IV, I, IV, 2, p. 526.

¹⁸⁸ Rafael NÚÑEZ LAGOS: «Prólogo» a la obra de Mario Armero Delgado, *Testamentos y particiones*, Instit. Ed. Reus, Madrid, 1951, pp. V s.

como cauce natural, unas veces, y otras, a lo sumo como canal de desagüe o de desviación. No es lícito creer que en nuestro Código civil está todo y sólo en el Código, pues el Código queda así sin arraigo y su estudio e interpretación se convierte en un juego de conceptos lógicos, de una dialéctica eurística.»

Frente a la norma derogatoria del artículo 1976 CC, observa cuál es el valor «de los preceptos básicos informadores de nuestra dogmática tradicional, que es la doctrina subálvea de las aguas, más que vivas, vitales, que transcurren debajo de los preceptos del Código civil, y que vale siempre *secundum vel praeter codicem*. El Código civil es el resultado de una concepción hereditaria plurisecular. La significación de un artículo no viene definida únicamente por su texto, sino por sus antecedentes morfológicos y funcionales, por su contenido histórico presente y decisivo para su redactor. El legislador al referirse al heredero o a la aceptación de la herencia pensaba en las instituciones españolas, y no en las francesas. El contenido implícito del texto legal es superior al explícito. Podríamos decir que los artículos del Código civil son, como las islas, picachos visibles de montañas sumergidas, pero de indudable masa y realidad. Lo fundamental es la falda española y no el pico francés».

El mismo Código civil regula normativamente instituciones que él no ha creado, sino que se formaron —como hemos visto antes— en la vida práctica, a lo largo de la historia, que recogieron las costumbres; muchas de ellas ya las analizaron los jurisconsultos romanos en respuestas, que los compiladores bizantinos recogieron en el *Digesto* y que, en su práctica, siguieron perfilando glosadores, canonistas, y —conforme el *mos italicus*— comentaristas y conciliadores¹⁸⁹. Esa labor ha continuado después, con diversas orientaciones metodológicas ya en la Modernidad¹⁹⁰. Finalmente, en los siglos XIX y XX, las recogieron, con más o menos innovaciones, los Códigos de los diversos países; y los autores han tratado de conceptualizarlas.

Para centrar la cuestión, conviene que volvamos a recordar —como al comenzar este epígrafe hemos hecho— que la cosa del texto de las normas legales es la institución a la que cada una de ellas se refiere. Ciertamente la interpretación —como, siguiendo a Gadamer¹⁹¹, recuerdo en varios lugares— requiere, según su concepción clásica, *subtilitas intelligendi* de las normas y *subtilitas*

¹⁸⁹ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 28-37, pp. 150-192.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 69-84, pp. 419-501.

¹⁹¹ Hans Georg GADAMER: *Verdad y método*, 1, 10, 1, p. 378.

explicandi de los hechos; y, consecuentemente –como en otro lugar hemos visto¹⁹²–, en el campo del derecho, la operación interpretativa, para hallar la solución justa, requiere la comprensión de la naturaleza de la cosa –que se enmarca en tipos y en pautas– se pone en tensión con la cosa o el hecho que trata de explicarse. En esa operación las normas legales tienen función mediadora –como también allí hemos visto¹⁹³– entre la naturaleza de las cosas y el hecho del caso.

Si para inteligir un texto es preciso referir sus palabras a la «cosa del texto», esa cosa de la cual el texto habla, si se regula en una norma de derecho, se enmarca en instituciones tipificadas, que sirven para encuadrar los hechos a que la interpretación se dirige, a fin de calificarlos y estimarlos jurídicamente después.

Savigny¹⁹⁴ –recordémoslo otra vez– explica que los jurisconsultos «rehacen las leyes y las hacen pasar a la vida real», para así «mostrar la identidad que existe entre la regla abstracta y la institución viva del derecho». Ciertamente es que, como hemos visto¹⁹⁵, en esa operación Savigny incurrió en el doble defecto de entender la norma legal como una regla abstracta y, además, formarla mediante un concepto construido por una abstracción sustractiva al modo kantiano, con lo cual inició el camino de la jurisprudencia formal de conceptos que, a partir de Puchta, sus seguidores elaboraron.

El modo correcto de operar debe consistir –como explica Larenz¹⁹⁶– en efectuar continuamente una intermediación mental entre la contemplación de la realidad y el concepto representado conforme el cual ha sido redactada la norma. Ésta «sólo puede abarcar cada vez un aspecto parcial y, justamente por ello, tiene que ser completado y rectificado constantemente por la contemplación». Por esa razón –advierto yo–, no puede extraerse de la norma más que lo en ella recogido de lo abstraído de la naturaleza de las cosas¹⁹⁷. Y, por eso, lo que las normas extraen de ésta expresándolo en una formulación abstracta, aunque ésta se exprese *universalmente*, ocurre que sus palabras de ese modo abstracto no pueden comprender sino lo que ocurre *generalmente*, escapándosele todas las singularidades. Aristóteles¹⁹⁸ lo había observado ya: el legisla-

¹⁹² «La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», 7, B, *ADC*, LIII-IV, 2000, pp. 1359 ss.

¹⁹³ «La naturaleza de las cosas y la de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», 7, B, *ADC*, LIII-IV, 2000, pp. 1359 s.

¹⁹⁴ SAVIGNY: *Sistema*, V, pp. 66 ss.

¹⁹⁵ *Supra* 1, desde el párrafo que lleva la nota 5 hasta el que contiene la nota 7.

¹⁹⁶ LARENZ: *Metodología*, primera parte, introducción, p. 34.

¹⁹⁷ A eso responde la advertencia de Paulo (*Dig.* 58, 17, 1): «*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.*»

¹⁹⁸ ARISTÓTELES: *Ética*, V, 10, 1137 b-1138 a.

dor habla de modo universal y «yerra» al simplificar, porque la naturaleza de las cosas es «indefinida»; y, por tanto, ese yerro debe corregirse no entendiendo sus palabras más allá de lo comprendido en ellas de modo general y no extendiéndolas de modo universal. Consecuentemente la ley no debe entenderse mecánicamente de manera rígida sino medirse, «como se hace con la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra».

Las instituciones –lo hemos dicho y explicado ya¹⁹⁹– son tipificadas por la ciencia del derecho, y son reguladas en las normas legales conforme alguna de estas tipificaciones.

Pero al clasificar las instituciones y al analizar sus elementos no sólo vemos, en ellas, una serie de figuras tipo, sino que hay una serie de variantes en cada una de ellas, comprobando que son fluidas y que fácilmente se deslizan de unas a otras. Esa fluidez escapa a las normas cuando como elementos naturales se consideran algunos que en otros tipos más generales son accidentales, o no existen en otros considerados también como figuras puras, concebidas abstracto. Además, existen muchos supuestos que resultan atípicos.

En general, la tipicidad o atipicidad de los supuestos concretos que se dan en la realidad vivida se juzgan con referencia a aquellos supuestos que han sido tipificados como instituciones en las normas legales. Por ello –como observé hace años²⁰⁰–, la tipicidad o la atipicidad de un supuesto concreto depende de que se estime que encaja o no en la *mens* y en la *ratio* de una norma. Éstas pueden dimanar de las mismas palabras de su texto si éstas se refieren sólo a su *esfera nuclear* –dándoles una interpretación *estricta*–, o bien al sentido lato de las mismas –dándoles una interpretación amplia, pues también se extiende a su *esfera periférica*.

La diferencia práctica de una u otra manera de inteligir puede ser enorme, o diluirse en la nada, dada la validez de cuanto disponga el otorgante o convengan las partes en tanto que con esto no contravienen ninguna ley imperativa, la moralidad, ni el orden público.

En todo caso, la cuestión queda reducida a determinar aquello que no ha sido previsto en la disposición de voluntad o en el contrato convenido. Plantéase, entonces, si se trata de un hecho o negocio típico, aunque con variantes pactadas, o bien de un hecho o negocio atípico, pero más o menos análogo a uno o varios típicos.

¹⁹⁹ *Supra*, 5.

²⁰⁰ «Comentario a la sentencia de 10 de diciembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia*, 15, septiembre-diciembre 1987, pp. 5274 s.

En el primer supuesto, en lo no previsto por las partes, serán de aplicación las normas reguladoras del caso-tipo de que se trate. En el segundo, deberá llenarse por analogía teleológica, con la regulación de los más semejantes hechos-tipo, siempre que resulte ajustada al hecho o negocio de que se trate; o bien, con una combinación adecuada de ellas; o, en fin, acudiendo a los principios generales para extraer de ellos la conclusión más consecuente con la naturaleza de *la cosa del caso*; es decir, la del hecho o negocio concreto objeto de la *quaestio* formulada.

Podemos comprender lo expuesto mejor en la realidad práctica tomando como ejemplos los supuestos de hecho de las SSTs de 30 de noviembre y 3 de diciembre de 1987.

I. La sentencia de 30 de noviembre de 1987, enfrentándose con la intelección textual del artículo 1802 CC, tuvo que atender a alguna de sus locuciones a las cuales cabía dárseles un significado estricto —circunscribiéndolas a su círculo nuclear— o bien lato —ampliándolas hasta su círculo periférico—. Concretamente a las expresiones indicativas, una, «*de pagar una pensión o rédito anual*» y, otra, determinativa de «*cuyo dominio se transfiere desde luego*». Nótese que ambas son constitutivas de su hipótesis, de la cual depende la aplicabilidad o no de la tesis consignada en el artículo 1805: «*La falta de pago de las pensiones vencidas no autoriza al perceptor de la renta vitalicia a exigir el reembolso del capital ni a volver a entrar en la posesión del predio enajenado; sólo tendrá derecho a reclamar judicialmente el pago de las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras*»²⁰¹.

Las dos sentencias utilizaron los artículos 620, 622, 647, 1124 y 1802 como elementos mediadores entre la naturaleza de la cosa tipificada, ya sea como *renta vitalicia*, *donación onerosa* o *con carga o modal*, o bien como *pensión alimenticia* o *alimentos vitalicios*, y no como *donación «mortis causa»*, en los dos supuestos de hecho enjuiciados.

Lo expliqué en el referido comentario conjunto de ambas sentencias, partiendo de los siguientes datos:

a) El contrato de *renta vitalicia* se halla tipificado en el artículo 1802 Cc. que dice: «*El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.*»

²⁰¹ *Ibid.*, pp. 1275-1279.

b) De las donaciones onerosas, dice el artículo 622, inciso 1: «*Las donaciones con causas onerosas se regirán por las reglas de los contratos...*»; y de incumplirse la carga impuesta en ellas, según el artículo 647: «*La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso.*»

c) Los contratos denominados de «*vitalicio*», de «*pensión alimenticia*», o de «*alimentos vitalicios*», dice la Sentencia de 30 de diciembre de 1987, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo «ya ha tenido ocasión de admitir, argumentalmente, en sentencias de 14 de noviembre de 1908 y 16 de diciembre de 1930 y, de modo directo, en las de 28 de mayo de 1965 y 6 de mayo de 1980».

A) En el supuesto de la sentencia de 14 de noviembre de 1908, según una escritura otorgada en Mora de Ebro, se trataba de una venta de varias fincas, efectuada a bajo precio por el vendedor a una hermana suya, en la que se había estipulado, además: «que la compradora, con el usufructo de dichas fincas mantendrá en su casa y compañía al vendedor, tanto sano como enfermo, con tal de que trabaje lo que pueda a utilidad de la casa, y, para el caso inesperado de no poder congeniar o tener que separarse, se reserva para entonces el usufructo de las cosas vendidas.» Es decir, se vendió la nuda propiedad; y era sólo el usufructo lo que, para caso de no congeniar vendedor y compradora, se sustituía por alimentos y cuidados en salud o enfermedad.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Falset como la Audiencia Territorial de Barcelona dieron lugar a la demanda de la hija del vendedor, impugnatoria de la venta por lesión en más de la mitad del justo precio, declarando su rescisión. Y el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por la compradora, considerando que «aun cuando la carga que se impuso al comprador contenga algún elemento aleatorio, no basta para desvirtuar la verdadera índole y naturaleza del expresado contrato de compraventa, en el que, por lo demás, no concurren las circunstancias del de renta vitalicia, definido en el artículo 1802 del Código civil y al que han podido ser consiguientemente aplicables los preceptos rescisorios por lesión, sin que sobre esta base y supuesto sean tampoco de estimar las infracciones del motivo segundo, pues la expresada carga sólo podía haber sido computada en el precio para la determinación de la lesión si en este sentido se hubiera impugnado la demanda y la sentencia recurrida».

B) La sentencia de 16 de diciembre de 1930 contempló un contrato de cesión de bienes inmuebles que una madre otorgó, a dos hijas suyas, a cambio de una pensión que éstas se comprometieron a abonarle para atender a su manutención. Las hijas incumplieron el pago de las pensiones y la cedente y, después de su muerte, otra hija, heredera suya, pleitearon para obtener su rescisión. El juez de primera instancia de Burgos declaró no ser válido dicho contrato, que calificó de donación de bienes inmuebles con causa onerosa estipulado en documento privado; la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia revocatoria de aquélla, declarando resuelto el contrato por incumplimiento por parte de las demandadas de la obligación que en el mismo contrajeron.

La sentencia del Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por las demandadas, considerando que, en la convención o contrato en cuestión, «se dan todos los caracteres de las donaciones a que se refiere el artículo 622» del Código civil; y, «como ha de producir efecto entre vivos, se ha de regir conforme al artículo 621 de dicho Código por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en el título segundo del libro tercero del repetido Código civil». Por lo cual, «al aplicar la Sala sentenciadora el artículo 1124 de dicho Código para declarar resuelta la donación celebrada entre la recurrente y su madre no infringe el mismo artículo de evidente aplicación a la convención formalizada entre doña Elena Díez y sus hijos, toda vez que dicho artículo es genéricamente aplicable en donde existen obligaciones recíprocas de evidente concurrencia en el contrato tantas veces citado, ya que la obligación que contrajo doña Elena de entregar a sus hijos sus bienes rústicos y urbanos era correlativa a la que contrajeron sus hijas de entregar a aquélla la pensión anual concertada».

Nótese que la aplicación del artículo 1124, en relación con el 622 CC es incompatible con la del 1805 correspondiente al contrato de renta vitalicia.

C) En el supuesto de hecho de la sentencia de 28 de mayo de 1965, la demandante había otorgado a los demandados, en escritura pública, la venta de una casa y, en la misma fecha, habían suscrito un documento privado en el cual se expresaba que los compradores declaraban que el precio quedaba representado por un «vitalicio», consistente en la prestación de alimentos y atenciones médicas y medicinas, pudiendo la vendedora readquirir la casa devolviendo a los compradores lo que hasta entonces la hubiesen satisfecho.

La sentencia del juez de primera instancia de Lugo, que absolvió a los demandados, fue confirmada, en parte, y, en otra, revocada, por la Audiencia Territorial de La Coruña que declaró a los demandados obligados al cumplimiento del contrato privado y, en consecuencia, a otorgar a la demandante escritura pública de venta de la casa en cuestión, percibiendo a cambio los gastos previstos en dicho contrato y que fueron justificados. La sentencia del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, partiendo en sus considerandos, de las siguientes afirmaciones de gran interés con relación al contrato denominado «vitalicio» o de «prestación de alimentos vitalicios» o «manutención plena».

– Que «al amparo del principio de libertad contractual las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado “vitalicio”, que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1802 al 1808 del Código civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público –art. 1255 del Código civil–, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones» (considerando 1.^o); y, que a dicho convenio vinculante «no le son aplicables los artículos del Código civil reguladores de la renta vitalicia, y de otra, es de tener en cuenta la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas pueden hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y natural consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad, que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido, pues bien claramente expresa el documento privado suscrito entre las partes que en cualquier momento en que la alimentista quisiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar los gastos de notario, derechos reales, manutención, médicos y medicinas causados hasta el momento de ejercitar dicha facultad».

D) La sentencia de 6 de mayo de 1980 declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la

sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que había confirmado la denegatoria del juez de primera instancia de Valmaseda «con aceptación de sus considerandos». El Tribunal Supremo, en el primero de los suyos, entendió:

– Que «declarado por la resolución recurrida “que el contrato objeto del presente procedimiento es un contrato vitalicio”, puesto que por él se entregan unos derechos con la contraprestación de alimentos, vivienda y asistencia médica y farmacéutica, de acuerdo dicha calificación con la que hace la jurisprudencia de esta Sala en sentencia de 28 de mayo de 1965, no puede prosperar el motivo primero en que, por el cauce del número 1.º del artículo 1692, se denuncia la violación de los artículos 618, 619 y 622 en relación con los 648, párrafo 3.º, y 142, todos del Código civil, referentes a la donación, argumentando en el mismo que se trata de una donación onerosa, mas ello no puede prosperar, puesto que, en primer lugar, tiene esta Sala declarado que la calificación jurídica del contrato hecha por la Sala de instancia ha de prevalecer sobre la del recurrente siempre que aquélla no sea ilógica o absurda, supuestos que no se dan en la que hizo la Sala y, además, porque de la propia literalidad del contrato aparece claramente su carácter aleatorio que lo distingue perfectamente de la donación onerosa».

E) En la de 30 de noviembre de 1987, en su fundamento de derecho 3.º, consideración tercera, califica el negocio objeto del caso, como hemos visto, de contrato vitalicio, o de pensión alimenticia o de alimentos vitalicios y repite literalmente lo que dice, en su primer considerando, la sentencia de 28 de mayo de 1965 en cuanto a su caracterización y régimen aplicable.

De todo lo expuesto, resulta que el Tribunal Supremo ha deslindado esta figura, atípica en la regulación del Código civil, tanto respecto de la donación onerosa como de la renta vitalicia. De aquélla, en cuanto sólo puede aplicársele la rescisión prevista en el artículo 1124 para caso de incumplimiento, y de la renta vitalicia por inaplicabilidad del artículo 1805, que no permite resolver la transmisión por impago de las pensiones sino sólo reclamar el cumplimiento de la renta pactada. Aparte de que –según la sentencia de 30 de noviembre de 1987– la tipicidad de ésta requiere que se transmita en pleno dominio el bien dado a cambio de la pensión, y no sólo en nuda propiedad, además de la diferencia que media entre una pensión dineraria y una prestación alimentaria. Aquella diversidad de efectividad la justificó la sentencia de 28 de mayo de 1965, por «la naturaleza especial y compleja del contrato de alimentos o manutención plena, a prestar y recibir en régimen de convivencia

entre alimentista y alimentantes, que como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas pueden hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y natural consustancial a estas convenciones, lo cual justifica la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que la de abonar la contraprestación pactada para tal evento».

II. La sentencia de 10 de diciembre de 1987 utiliza la figura institucional de las *dotaciones del heredero único en favor de los hermanos solteros que permanecen en casa*, para intelegir los artículos 109, 119, § 1, y 121 de la Compilación aragonesa entonces vigente, de la manera que me permití comentar del siguiente modo²⁰².

Es sabido que en Aragón, conforme el referido artículo 119, § 1, la legítima colectiva *«puede distribuirla el causante igual o desigualmente entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo, con las modalidades establecidas en este capítulo»*; que el artículo 121 concede *«derecho de reclamar alimentos»* a los *«descendientes sin mediación de personas capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en posición legal de pedir alimentos»*; y que, el artículo 109, previene: *«Uno. Los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derecho a recibir asistencia y a ser dotados al haber y poder de la casa.»*

Es decir, la dotación de esos hermanos *«al haber y poder de la casa»* es un derecho suyo, que, en el supuesto de hecho de la sentencia de 10 de diciembre de 1987, los padres del heredero reiteraron en sus respectivos testamentos. Sin duda, cabe que el heredero dote por encima del *«haber y poder de la casa»*; y, en ese exceso, constituiría una liberalidad de la cual, en caso de lesionar la legítima colectiva, *«podrá pedirse su reducción»* –pero lo pretendido principalmente por los demandantes recurrentes era la nulidad de las asignaciones de dote como donaciones *mortis causa* carentes de forma testamentaria. Cuestión a la que vamos a referirnos en el apartado siguiente.

III. Las sentencias de 30 de noviembre y de 19 de diciembre de 1987, para la intelección del artículo 620 CC tenían que atender al significado de la expresión de éste: *«donaciones que hayan de producir sus efectos a la muerte del donante.»* ¿Qué efectos?, ¿todos o sólo alguno?, o bien, ¿el más esencial, sea la irrevocabilidad o la transmisión actual dominio, o cualquiera de los dos? Aparte de decidir si su *mens legis*, por su *ratio*, lo restrinje a las donacio-

²⁰² Cfr. *ibid.*, 3, p. 5279.

nes que se efectúen puramente, *animo, donandi mortis causa*, o bien si asimismo, incluye las que tengan, además, una causa *nuptiandi, remunerandi*, etc.

El concepto jurisprudencial de donaciones *mortis causa* que determina el tipo legal de donación *mortis causa* –aunque éste no corresponde a la tipología clásica²⁰³– es soslayado por las sentencias de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987, dejando el supuesto enjuiciado fuera del tipo institucional configurado restrictivamente por la propia jurisprudencia del derecho común español. Como comenté a ésta²⁰⁴, debemos recordar que el artículo 620 CC, dice:

«Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.»

Creo que también es bien sabido que, en septiembre de 1948, me adherí al criterio de quienes –como Rafael Azpitarte Sánchez y José González Palomino– habían entendido el artículo 620 del Código civil en el sentido de que se refiere a la *naturaleza* de la que «participan» las donaciones de las que habla, y no a su «*forma*», por la cual se diferenciaron siempre de los legados. Pero, también lo es, que la jurisprudencia reiteradísima del Tribunal Supremo, con su superior criterio, nunca lo ha entendido solamente así.

Ahora bien, cuando en 1978, en mis *Estudios sobre donaciones*, recopilé ese primer estudio con los demás que había escrito acerca de la donación *mortis causa*, observé:

1.º Que el artículo 620 CC no habla de «donaciones *mortis causa*» sino de las donaciones «que hayan de producir efectos por muerte del donante».

2.º Y que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siguiendo el tenor del transcrito inciso del artículo 620, define la donación *mortis causa* con un criterio más restrictivo que el derecho romano y que el derecho histórico castellano anterior y posterior al de las *Partidas* y de las *Leyes de Toro*, y así deja fuera de su texto:

– Las que produzcan transmisión inmediata de la propiedad al donatario, incluso en el caso de que su no reversión se condicione a que sobreviva el donante (hipótesis en la cual la sentencia de 29 de octubre de 1956 no les considera «*propiamente*» *mortis causa*).

²⁰³ Cfr. mis estudios acerca de la donación *mortis causa* en *Estudios sobre donaciones*, pp. 12-211.

²⁰⁴ *Comentarios, ult. cit.*, 4, pp. 5279-1281.

– Las dispuestas con renuncia a la facultad de revocarlas, o, en términos positivos, con carácter irrevocable *ad nutum*, que el Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente «*inter vivos* con entrega *post mortem*».

– Las superpuestas a otra donación, otorgadas con entrega inmediata de la cosa donada a tercera persona (supuestos de las sentencias de 2 de diciembre de 1912, 9 de abril de 1942, 27 de diciembre de 1945 y 23 de marzo de 1948).

– Y las reguladas específicamente en otros preceptos legales (arts. 641, 827, 1331 CC y 428 originario del C de C), sin duda porque no siendo su causa un puro *animus donandi mortis causa*, sino que en ellos se interfiere otra causa, como especialmente lo es la *causa nuptiandi*, ya se trate de las nupcias del donante o del donatario.

Este criterio del Tribunal Supremo, restrictivo del concepto de «*donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante*», fue paladinamente declarado en la sentencia de 7 de noviembre de 1979, entendiendo que la *doctrina jurisprudencial* califica como tales donaciones *mortis causa* «*las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición* [es decir, que no lo son: tanto *si el donante adquiere de inmediato el dominio de la cosa donada*, como *si puede disponer de ella*, y aunque el donatario pueda perder el dominio si el donante, *v. gr.*, revoca la donación o transmite la cosa donada a un tercero], *por lo que, además de su revocabilidad, su eficacia no se origina en vida del disponente*». Esto es, además de ser necesariamente revocable, no debe originarse su eficacia «en vida del disponente».

Esta misma línea, restrictiva del concepto de donación *mortis causa*, en el derecho vigente en el régimen del Código civil, es mantenida por las dos sentencias comentadas.

– La de 30 de noviembre de 1987 considera donación *inter vivos* la de una nuda propiedad transmitida de inmediato aunque sometida a condición resolutoria y con apoderamiento de los donatarios a los donantes para disponer de la cosa donada.

– Y la de 3 de diciembre de 1987 estima que son disposiciones *inter vivos*, y no *mortis causa*, unas dotaciones declaradas efectivas para cuando contrajeran matrimonio los asignatarios o para cuando falleciere el asignante, pero facultando a aquéllos para disponer de ellas *mortis causa*, «*significando su irrevocabilidad*» con ello, y poniendo así de manifiesto que «*lo diferido es sólo la posesión de los bienes*», y confirmandolo la expresión del asignante «de efectuarlo deseando fijar de un modo definitivo e irrevocable las dotaciones de sus citados hermanos».

Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico

CARLOS VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Elementos esenciales del contrato electrónico:* A) Sociedad de la información y comercio electrónico. B) Prestadores de servicios, intermediarios y destinatarios. C) Medio técnico y régimen aplicable.—3. *Obligaciones de información y de protección del destinatario:* A) Obligaciones preliminares. B) Obligaciones precontractuales y postcontractual.—4. *Responsabilidad contractual y extracontractual de los prestadores:* A) Régimen común. B) Régimen especial de los intermediarios. C) Régimen especial de los certificadores de firma electrónica.

1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos en este breve trabajo la no fácil tarea de estudiar la tercera versión del Anteproyecto de Ley de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que se ha publicado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología el 18 de enero de 2001¹, dada su críptica y confusa redacción, por la que se pretende incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2000/31/CE que regula la materia en el Derecho comunitario². Pese a su novedad, el comercio

¹ Texto aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y publicado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

² Se trata de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de

electrónico plantea los clásicos problemas de determinar sus elementos esenciales, las obligaciones de los contratantes y la responsabilidad por daños y perjuicios, que trataremos de dilucidar con arreglo a la disciplina que propicia el nuevo texto prelegislativo, con referencia especial a los problemas relacionados con el incumplimiento de las obligaciones y la responsabilidad contractual y extracontractual.

En efecto, y en primer lugar, de las definiciones del Anteproyecto se deducen los elementos reales, personales y formales del comercio electrónico, con lo que se puede aclarar la clase de contratos que celebran los operadores de la red y la naturaleza de medios o de resultado de las obligaciones que contraen, especialmente las que asumen los intermediarios electrónicos, esto es, los operadores que prestan los servicios de la nueva economía que se ha creado en torno a Internet. De aquí se derivan también las principales características de los contratos electrónicos y el régimen jurídico que se les aplica.

En segundo término, el Anteproyecto impone a los operadores una serie de obligaciones de información y de protección con el fin de garantizar la seguridad del comercio electrónico y proteger la intimidad y la privacidad de los usuarios de la red. Estas obligaciones de seguridad plantean la cuestión previa de saber si su incumplimiento desencadena una responsabilidad de tipo contractual o extracontractual, ante la que la jurisprudencia y la doctrina están divididas. Mientras en la primera existe una marcada preferencia por la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss. CC), la doctrina reciente se muestra partidaria de ensanchar la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. y 1182-1183 CC) e incluir el incumplimiento de tales obligaciones dentro de la misma³.

A nuestro juicio, una postura que parece razonable es la que considera de carácter contractual la responsabilidad que surge del incumplimiento de obligaciones específicas, cualquiera que sea su fuente, siempre que preexista una relación bilateral entre el causante del daño y la víctima, aun cuando no sea un contrato, que les permita hacer el cálculo y la asignación de los riesgos previstos al momento de constituirse la obligación (art. 1107-I CC); de acuerdo

la información, en particular el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) (DOCE, L, 178, de 17 de junio de 2000).

³ Para el estado de la cuestión, *vid.* JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pp. 141 ss.; CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1, Madrid, 1989, pp. 409 ss.; DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 245 ss., e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pp. 94 ss.

con este criterio, será extracontractual, en cambio, la responsabilidad debida al incumplimiento de obligaciones legales en todos aquellos casos en que tal relación previa no ha existido, sea la víctima un contratante o un tercero.

Dada la convergencia del régimen de ambas clases de responsabilidad, recordemos que se diferencian fundamentalmente en el plazo de prescripción –ordinario de quince años en la contractual (art. 1964 CC) y el brevísimo de un año en la extracontractual (art. 1968.2.º CC)– y en la admisión de cláusulas que agravan o atenúan la responsabilidad, que sólo caben en las obligaciones contractuales en la reducida medida en que lo permitan las normas que invalidan las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores.

En fin, no menos importante es el problema de la responsabilidad civil, que se ha debatido ampliamente en la gestación de la mencionada Directiva. Se trata de un punto crucial que concita los intereses opuestos de los operadores de la red, en especial de los intermediarios y de los titulares de los contenidos transmitidos, señaladamente los más vulnerables, es decir, los derechos de autor, a los que se unen las exigencias generales de eficacia y seguridad del comercio electrónico, de proteger a los usuarios de la red y de respetar los derechos de los consumidores⁴.

Por eso resulta preocupante que el Anteproyecto se remita en este punto a las normas generales de la responsabilidad civil, pues es poco exigente, ya que comporta para los operadores una responsabilidad de índole subjetiva, basada en la culpa, que no se presume, a diferencia de lo que ocurre con los prestadores de los servicios de certificación que, de acuerdo con el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, deben demostrar que han actuado con la debida diligencia (art. 14.1)⁵. Una presunción legal semejante consagraba la primera versión del Anteproyecto, pero ha desaparecido a partir de la segunda redac-

⁴ Vid. los sugestivos trabajos de JULIÀ BARCELÓ, «Liability For On-Line Intermediaries: A European Perspective», *European Intellectual Property Review*, núm. 12, 1998, pp. 453 ss., y GÓMEZ SEGADE, «El derecho de autor en el entorno digital», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 1999, pp. 309 ss.; asimismo, sobre la política legislativa, el autorizado informe de DÍAZ FRAILE, «Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 663, 2001, pp. 81 ss.

⁵ Este texto ha dado lugar a una abundante y variada literatura; para una síntesis del mismo, nos remitimos a nuestro estudio «El régimen legal de la firma electrónica», *Actualidad Civil*, núm. 11, 2000, pp. 411 ss. Además, vid. CREMADES GARCÍA, «Estudio del Real decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, de firma electrónica», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 25, 2000, pp. 141 ss., y la amplia monografía de MARTÍNEZ NADAL, *La Ley de Firma Electrónica*, Madrid, 2000.

ción del mismo⁶, lo que seguramente no facilitará la confianza en Internet, dados los numerosos riesgos que implica, tanto técnicos⁷ como jurídicos⁸. Es quizá de lamentar, pero la inseguridad del comercio electrónico no es, hoy por hoy, un simple mito⁹.

Sin embargo, el Anteproyecto, en concordancia con el criterio adoptado por la Directiva, ha exonerado además a los intermediarios, quienes no responden por los contenidos ajenos ante los titulares de los mismos, cuando se ocupan, con determinados requisitos, de las cuatro operaciones técnicas más frecuentes en Internet. Se ha seguido aquí, no sólo el criterio más liberal de la jurisprudencia extranjera, sino el precedente de la Ley alemana de multimedia de 1997 (pár. 5) y el discutible ejemplo de la norteamericana *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (set. 512)¹⁰.

Por ello, es claro que estamos ante un régimen desregulador de la responsabilidad, que favorece la lesión de los bienes inmateriales protegidos por la propiedad intelectual e industrial, tanto por los operadores como por los usuarios, que se ha establecido, por fin, para proteger a la industria electrónica europea frente a la competencia de los Países Terceros, en especial de los Estados Unidos.

⁶ Cfr. respectivamente los arts. 8.3 y 8.2; mientras que primero establecía que: «En todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la diligencia debida», tal frase no se recoge en el segundo, con lo que se elimina la presunción. Vid. para la primera versión del Anteproyecto nuestro trabajo «Sobre la formación del contrato en el Anteproyecto de Ley de comercio electrónico», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 8, 2000, pp. 3 ss., y para la segunda, el meditado estudio crítico de ILLESCAS ORTIZ, «Entre Europa y la nada (A propósito del Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 29 de septiembre de 2000)», *ibidem*, núm. 11, 2000, pp. 3 ss.

⁷ Vid. principalmente ROGEL VIDE, «Notas sobre el llamado «Efecto 2000», la hipotética responsabilidad del fabricante y otras cuestiones», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, pp. 59 ss., así como la amplia serie de supuestos que menciona RIBAS ALEJANDRO, «Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales», *Derecho de Internet. Comercio Electrónico y Firma Digital*, vol. coord. por Mateu de Ros y Cendoya Méndez de Vigo, Pamplona, 2000, pp. 143 ss.

⁸ Por ejemplo, *vid.* los problemas que propone CAVANILLAS MÚGICA, «La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 1999, pp. 435 ss., y las aporías planteadas por RODRÍGUEZ ADRADOS, «La firma electrónica», *Revista de Derecho Privado*, 2000, pp. 913 ss. En particular, para los riesgos de los derechos de autor en Internet, SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 2000, pp. 86 ss., y DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, Madrid, 2.^a ed. 2001, pp. 253 ss., quien se ocupa también de la incidencia de la red en materia de marcas, publicidad y competencia desleal (pp. 143 ss.).

⁹ Como sostiene con cierta exageración MATEU DE ROS, «Presentación», *Derecho de Internet*, cit., p. 22.

¹⁰ Para la casuística y los textos legales mencionados, *vid.* principalmente GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por las infracciones de los derechos de autor y conexos», pe.i, «*Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 6, 2000, pp. 9 ss.; asimismo, JULIA BARCELÓ, «On-line Intermediary Liability Issues: Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks», *European Intellectual Property Review*, núm. 3, 2000, pp. 105 ss.

Nótese que esto confiere a la normativa estadounidense por vía indirecta una sorprendente extraterritorialidad, que es palpable en todos los sectores de estrecha integración internacional, como es el caso de las telecomunicaciones e Internet.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

A) *Sociedad de la información y comercio electrónico.* Como es sabido, en la práctica, el objeto de los contratos electrónicos suele estar constituido por las prestaciones de dar y de hacer que son típicas de los contratos de compraventa, arrendamiento de bienes y de servicios, y de obra, con un claro predominio de las primeras; estas prestaciones deben estar comprendidas, por otra parte, en los llamados servicios de la sociedad de la información y no estar excluidas del comercio electrónico.

A tenor del artículo 2.b) del Anteproyecto, tales servicios son, aparte del comercio electrónico, los que se prestan normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario; también se comprenden los servicios no remunerados, que constituyan una actividad económica para el destinatario. Se ha pensado que en el acceso gratuito a la red, que conceden en ocasiones las compañías telefónicas, no hay un contrato de arrendamiento por la falta de remuneración o de precio cierto¹¹, lo que es acertado, pues estaríamos más bien, a nuestro modo de ver, ante un préstamo de uso o comodato (art. 1741 CC); aunque el concedente obtenga, además, el beneficio indirecto de divulgar su publicidad y adquirir una hipotética clientela, este provecho no es el precio o la contraprestación del servicio gratuitamente prestado. Por supuesto que no estamos ante una donación, pues tal cesión gratuita no es transmisiva del dominio.

A continuación, el Anteproyecto señala, a modo de ejemplo, una serie de servicios que se pueden agrupar en dos clases, según los preste directamente el interesado o los proporcione un empresario especializado en la intermediación electrónica; mientras los primeros se refieren a la contratación de bienes y servicios en línea (en tiempo real), las subastas en línea, centros virtuales y compras por grupos de personas, las comunicaciones comerciales o anuncios publicitarios, la información en línea y el correo electrónico

¹¹ Opina en este sentido GARCÍA VIDAL, «Los contratos de acceso a Internet», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, p. 40.

con fines económicos, los últimos consisten, en cambio, en el acceso, búsqueda, transmisión, alojamiento y recopilación de datos, a los que se une el vídeo bajo demanda y la distribución individual de contenidos. Pero quedan fuera de estos servicios la radiodifusión televisiva y sonora, el teletexto y el correo electrónico utilizado con fines distintos de la publicidad o la actividad económica [art. 2.b)].

Con toda razón se ha observado que los servicios de la mal denominada sociedad de la información coinciden con los que el comercio electrónico comprende habitualmente¹². Buena prueba de ello es que el Anteproyecto describe este último con una fórmula vacía y redundante como «toda forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, como Internet» [art. 2.a)]. Puede discurrir por redes cerradas, como el sistema EDI, o abiertas, como la red indicada, y ser directo o indirecto. Es directo cuando todas las vicisitudes del contrato tienen lugar en línea, incluida la entrega del bien, que sólo puede ser por ello de naturaleza inmaterial, en tanto es indirecto en caso que la entrega se realice por canales convencionales¹³. Con todo, lo novedoso aquí es el comercio directo de datos, sonidos e imágenes, que provoca el permanente conflicto entre los titulares de estos contenidos inmateriales, amparados por la propiedad intelectual e industrial, y los diversos intermediarios que los transmiten por la red o realizan otras operaciones técnicas con los mismos¹⁴.

Debe resaltarse que todas estas prestaciones, llamadas genéricamente servicios, pueden ser objeto de los contratos que estudiamos, a no ser que estén excluidas definitiva o temporalmente. Según el Anteproyecto, no entran en su ámbito de aplicación los actos regidos por el Derecho de la competencia, los sujetos a fe pública y publicidad registral, la representación y defensa judicial, los juegos de azar y los tributos e impuestos (art. 3). Asimismo, en tanto no se modifique el régimen vigente, no pueden ser objeto de los contratos electrónicos la constitución y transmisión de derechos reales sobre

¹² Vid. ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, p. 22, quien llega a proponer la supresión de «la equívoca, perifrástica, afrancesada y exuberante expresión Sociedad de la Información». En cambio, son partidarios de una noción amplia de la sociedad de la información, que trasciende de la mera venta de mercancías a distancia y en línea, BISBAL MÉNDEZ y CASAS VALLÉS, «Prólogo», *Legislación de Comercio Electrónico*, Madrid, 2001, pp. 15 ss.; asimismo, DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 85.

¹³ Para esto, *vid.* MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, Curso de protección jurídica de los consumidores, coord. por Botana García y Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, pp. 248-249; sobre las aplicaciones y los servicios de Internet, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 28 ss.

¹⁴ *Vid.* en especial JULIA BARCELÓ, *Liability For On-Line Intermediaries*, cit., pp. 459 ss.

bienes inmuebles, salvo el arrendamiento regido por la legislación común –cual si se tratara de un derecho real–, los actos que requieran intervención de órganos públicos, la recepción de crédito o la constitución de fianza u otras garantías por motivos ajenos a la actividad económica y los relativos al Derecho de familia y de sucesiones (art. 25). Mientras las primeras materias se excluyen para salvaguardar la integridad de su propio régimen, la exclusión de los últimos actos o contratos mencionados se debe a que son ajenos a la agilidad y celeridad que preside la contratación mercantil, a que exigen una forma pública constitutiva o *ad solemnitatem*, o a que son de carácter «formal», como la letra de cambio y el cheque; en otras palabras, se excluyen los negocios jurídicos cuya perfección exige un documento público y que deben celebrarse entre presentes y con unidad de acto¹⁵.

B) *Prestadores de servicios, intermediarios y destinatarios.* De acuerdo con las definiciones del Anteproyecto, los sujetos de los contratos electrónicos son el prestador de servicios, el destinatario de los mismos y el consumidor, a los que se deben unir los intermediarios, que están comprendidos entre los primeros y se describen sólo para declararlos exentos de la responsabilidad que podría corresponderles por la transmisión ilícita de contenidos ajenos.

En concordancia con la noción de comercio electrónico, es prestador de servicios la «persona física o jurídica que suministra un servicio de la sociedad de la información» [art. 2.c)]. Ante todo, señalemos que la expresión suministro se emplea aquí en el sentido vulgar de actividad o de prestación, pero no en el sentido jurídico del contrato atípico de suministro; y ello por la sencilla razón de que no todos los servicios que conocemos pueden encuadrarse en este contrato, sobre todo cuando se prestan por una sola vez o de forma esporádica u ocasional, los cuales difieren además por el objeto y lo acordado en cada caso por los contratantes.

Por otra parte, los prestadores de servicios pueden ser empresarios que los prestan directamente a los destinatarios o lo hacen a través de intermediarios, y éstos a su vez pueden actuar por cuenta de aquéllos o por cuenta propia ante los destinatarios. En el primer caso, estamos ante el comercio normal, sólo que tiene lugar en la red, y el prestador puede ser un vendedor o un arrendador de bienes muebles, lo mismo corporales que inmateriales, o un arrendador de servicios convencionales o, en fin, un ejecutor de obras; el

¹⁵ *Vid.* para los fundamentos de estas exclusiones DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 88 y 105-106, respectivamente.

intermediario puede ser en este caso un dependiente o un auxiliar del prestador principal, según la relación interna que los vincule. Desde otro punto de vista, el prestador puede ser un profesional que ejerce una profesión regulada, esto es, que requiere un título que le habilite legalmente para ejercerla [art. 2.g)], o puede estar sujeto a un código de conducta que garantiza su seriedad y la calidad de sus productos (art. 19); en ambas hipótesis, se imponen al prestador obligaciones adicionales de información al destinatario [art. 11.e) y g)].

Al supuesto anterior se debe asimilar, por otra parte, el del intermediario que actúa por cuenta ajena, puesto que depende del prestador y no se relaciona con el destinatario. Por el contrario, el intermediario que actúa por cuenta propia es también un prestador de servicios de la sociedad de la información, que presta sus servicios igualmente al destinatario, con el que contrata directamente y con independencia de la titularidad de los contenidos que le proporcione. En la práctica, estos servicios se pactan mediante contratos de acceso a la red y prestaciones complementarias, como el buzón de correo electrónico, de diseño, mantenimiento y actualización de páginas *web*, y de alojamiento de sitios en Internet¹⁶. A estos intermediarios independientes deben unirse los certificadores de firma electrónica, que el Anteproyecto inexplicablemente ha omitido¹⁷, dado que el contrato que celebra con el signatario es semejante a los mencionados.

La naturaleza de estos contratos es poco clara. Se ha pensado que se trata de un contrato de suministro entendido en sentido amplio¹⁸, lo que se ha descartado por faltar el *dare* duradero, continuado o con intervalos, que es propio de este contrato¹⁹. Parece predominar la idea según la cual estamos ante diversos arrendamientos de servicios, al menos, en el acceso puro a la red²⁰, si bien las prestaciones complementarias y los contratos relativos a las páginas o sitios *web* se han considerado como contratos de obra²¹.

¹⁶ Vid. la detallada descripción que ofrece DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 59 ss.

¹⁷ En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ Así opina ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid, 2001, p. 134.

¹⁹ Como advierte, con razón, GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, p. 39.

²⁰ En este sentido, GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, p. 39, con referencias; asimismo, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, 60-61 y 67, con abundantes referencias, para los contratos de acceso a la red y de sitio *web*.

²¹ Asimismo, GARCÍA VIDAL, *op. cit.*, pp. 40-41, para la elaboración de páginas *web*, pero no su alojamiento, ni el buzón de correo electrónico; igualmente, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 64, estima que este supuesto está próximo a contrato de (arrendamiento) de obra. Califica el contrato de acceso como contrato de obra, asimismo, HEUN, *Rechtsbeziehungen zu Access.-Providern*, Neues Recht für Medien, coord. por Bartsh y Lutterbeck, Colonia, 1998, p. 253, según refiere el primer autor citado, *loc. cit.*, p. 40, nota 15; para PAZ ARES,

Lo que es lógico puesto que se plasman en un nuevo bien que no preexistía al contrato, y por eso no se trata de un contrato de compraventa.

Como es sabido, la frontera entre el arrendamiento de servicios y el contrato de obra es oscura y suele reconducirse a la también opaca distinción entre las obligaciones de medios, actividad o diligencia y las obligaciones de resultado, la cual, como hemos puesto de relieve en otro lugar, descansa en último término en la voluntad de los contratantes y en la interpretación del respectivo contrato²². Con todo, es probable que el *provider* no se obligue en estos casos a una mera actividad diligente, sino que se comprometa a la obtención del resultado, lo que es seguro, a nuestro juicio, en los servicios concernientes a la *web*; también en los contratos de acceso es claro que no le basta al prestador o, en su caso, al destinatario la mera posibilidad de enganche sino que ambos buscan el resultado de la efectiva transmisión de sus contenidos o datos. Buena muestra de ello son las cláusulas de exclusión de responsabilidad por falta de funcionamiento o por funcionamiento defectuoso del servicio que los intermediarios suelen incluir en sus clausulados²³, las cuales revelan que, sin ellas, estarían obligados a alcanzar dicho resultado, sin perjuicio de la limitada validez de las mismas.

En otro orden de cosas, tanto el prestador de servicios como el intermediario independiente, pueden estar establecidos en España, pertenecer a un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o ser de un País Tercero²⁴. De acuerdo con el Anteproyecto, en el primer caso, se requiere que tengan su residencia o domicilio social en el territorio español, siempre que coincida con la sede principal de sus negocios o, al menos, que posea un establecimiento permanente situado en España, lo que se presume por su inscripción en el Registro Mercantil; pero no basta que los servicios prestados o el acceso a los mismos se obtengan por medios tecnológicos situados en España. Estos prestadores se rigen por el Derecho español (art. 4), en especial por el llamado ámbito normativo coordinado sobre el comienzo de la actividad y el poste-

«El comercio electrónico. (Una breve reflexión de política legislativa)», *Derecho de Internet*, cit., p. 95, el servidor asume explícita o implícitamente los resultados de la operación, pues los fallos son previsibles, sin perjuicio del pacto expreso al respecto.

²² Nos remitimos a nuestro trabajo «El interés de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado», *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, 1997, y allí referencias a la literatura española; *adde*: TRIGO GARCÍA, *Contrato de Servicios. Perspectiva Jurídica Actual*, Granada, 1999, pp. 183 ss., e YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, pp. 123 ss.

²³ Menciona estas cláusulas GARCÍA VIDAL, *op.cit.*, p. 45.

²⁴ *Vid.* para este punto las observaciones de DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, pp. 89 ss., basadas en los principios del mercado interior y en el del país de origen.

rior ejercicio de la misma, que incluye, entre otros extremos, la contratación en línea y la responsabilidad del prestador de servicios [art. 2.j)].

En el segundo caso, se aplica también el Derecho español a los prestadores e intermediarios europeos por los servicios prestados a destinatarios residentes o establecidos en España, en materias tales como la propiedad intelectual e industrial, el dinero electrónico, los derechos reales sobre inmuebles sitos en el territorio español y –lo que es muy importante– las obligaciones nacidas de contratos celebrados por un consumidor, a no ser que no rija la ley de residencia del destinatario por aplicación de los convenios internacionales o de las normas comunitarias sobre dichas materias (art. 5). Lo que no se compagina bien con la remisión a las reglas del Convenio de Roma de 1980 y del artículo 10.5 del Código civil, con la salvedad del misterioso ámbito normativo coordinado (art. 29), ni con la presunción de que el contrato se entiende celebrado en el lugar de residencia habitual del consumidor (art. 33). En cambio, los prestadores e intermediarios procedentes de Países Terceros pueden actuar libremente en España y no se rigen por el Derecho español, salvo acuerdo de sumisión expresa (art. 6) o que atenten contra los principios fundamentales de la convivencia social (art. 9.1).

Finalmente, para el Anteproyecto, el destinatario es la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información [art. 2.d)], al tiempo que el consumidor es un destinatario que actúa con una finalidad distinta a la de su actividad económica, profesional o de negocio, en los términos del artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [art. 2.e)].

Nótese que la mera utilización de los servicios confiere la cualidad de destinatario, por lo que basta la voluntad tácita, un acto concluyente y hasta el mero contacto social, y que las dos definiciones son redundantes porque la nueva noción de consumidor, al suprimir la polémica exigencia de ser destinatario final que establece el expresado precepto de 1984, lo equipara con el destinatario que no actúa por motivos profesionales, lo que concuerda con la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (art. 2.3), que confiere a los adherentes, además, las mismas acciones individuales y colectivas de los consumidores y usuarios (disp. ad. 4.^a). En este caso, resulta indiferente, por tanto, que el destinatario de los servicios sea un empresario o un consumidor, pues son de aplicación preferente las normas protectoras de este último; por eso, los internautas que no actúen como profesionales, en rigor, son a la vez adherentes y consumidores, y

gozan de los mismos derechos que éstos en el comercio electrónico²⁵.

De acuerdo con esta definición, son destinatarios también los empresarios que actúan en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, esto es, los que se ocupan del llamado B2B, de manera exclusiva o no. Asimismo, son destinatarios los empresarios que proporcionan los contenidos inmateriales, tanto a los prestadores como a los intermediarios. En fin, un tipo particular de destinatario es el signatario de la firma electrónica, tanto simple como avanzada, así como los también llamados destinatarios de la misma, que son quienes contratan con aquél.

C) *Medio técnico y régimen aplicable.* Un acierto del Anteproyecto es hablar de «contratos celebrados por vía electrónica» (art. 25.1), puesto que este plural revela que no hay un contrato electrónico, sino varios, cuyo denominador común es la vía o el medio técnico empleado por los contratantes. Por consiguiente, estos contratos se definen como «todo contrato celebrado sin la presencia física simultánea de las partes, prestando su consentimiento en origen y destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos, conectados por medio de cable, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético» [art. 2.h)]. La vía electrónica alude, pues, al instrumento de que se valen las partes para la celebración del contrato.

Esto quiere decir que no estamos ante una nueva «forma» contractual, añadida a la oral o la escrita, ni ante un problema de libertad de forma (art. 1278 CC), como suele afirmarse²⁶, sino tan sólo ante un nuevo medio técnico, asimilable, desde este ángulo, a la máquina de escribir, al telégrafo, al teléfono, al télex o al telefax. Corroboración esta interpretación, precisamente, la equivalencia del contrato electrónico a la forma escrita o documento privado, siempre que los mensajes electrónicos se archiven y se mantengan accesibles para su ulterior consulta, que consagra el Anteproyecto (art. 27), en términos análogos a los de la equivalencia de la firma electrónica a la firma manuscrita, que incluso se presume cuando la firma es avanzada y reúne determinados requisitos técnicos (art. 3.1 RD-1 14/1999). Es de señalar que estos contratos pueden celebrar-

²⁵ No sólo de los derechos básicos de información previa, documentación del contrato y desistimiento renunciable como cree CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, «Protección de los consumidores», *Derecho de Internet*, cit., p. 137.

²⁶ Así, incluso los notarios, RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*, p. 923, y BOLÁS ALFONSO, «Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 36, 2000, pp. 31 ss., por todos.

se, según el Anteproyecto, sin necesidad de pacto previo y expreso entre los contratantes (art. 26).

Asimismo, la definición normativa de los contratos electrónicos reitera que se trata de contratos celebrados entre personas distantes, lo que ya sabíamos por ser estos contratos uno de los servicios de la sociedad de la información [art. 2.b)]. En coherencia con esto, el Anteproyecto determina el momento de perfección del contrato, conforme con el criterio de la recepción, cuando la aceptación del destinatario, o la formulación de su petición, llega al sistema de información empleado por el oferente, de forma que quede en él almacenado y sea accesible por este último; criterio que se aplica por igual a los contratos civiles y mercantiles (art. 32.1 y 2).

Se trata de una importante innovación del Anteproyecto, que se aparta del silencio que guarda la Directiva sobre este punto (art. 11); innovación que es significativa desde diversos puntos de vista. Muy brevemente, consagra, ante todo, de manera expresa la interpretación correctora del artículo 1262-II del Código civil que impera en la doctrina civilista²⁷; por otra parte, establece un criterio unitario para los contratos civiles y mercantiles, con lo que supera la diversidad del citado precepto y el artículo 55 del Código de comercio, como proponía cierto sector de la doctrina²⁸; en fin, corrobora que, aunque las comunicaciones telemáticas sean casi instantáneas, que no lo son, siempre se trata de un contrato celebrado *inter absentes*²⁹.

Los contratos electrónicos no son atípicos, sino que su régimen jurídico está fragmentado y disperso, y depende de la naturaleza de la prestación de que se trate y de la cualidad subjetiva de los contratantes. En cuanto a la prestación, sabemos que se trata básicamente de contratos de compraventa o de arrendamiento de bienes muebles, de arrendamiento de servicios o del contrato de obra. El primero de estos contratos se rige por los artículos 1445 y siguientes

²⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO, «La formación del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pp. 12-13, por todos.

²⁸ En este sentido, CLEMENTE MEORO, «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, 2000-1, pp. 76-77, tesis que compartimos en nuestro anterior trabajo «Sobre la formación del contrato», cit., p. 15.

²⁹ Como sostuvimos en nuestro artículo «En torno a los contratos electrónicos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 1999, p. 88; asimismo, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit., p. 253, con cita de la STS de 30 de junio de 1996 y 28 de enero de 2000, si bien precisa que las nuevas tecnologías pueden modificar en el futuro esta opinión. Por el contrario, insiste en que la rapidez del tiempo real permite superar la distancia entre los contratantes, incluso con unidad de acto, MATEU DE ROS, «El consentimiento y el proceso de contratación electrónica», *Derecho de Internet*, cit., p. 43; a su juicio, la imposibilidad de revocación, hace que los contratos electrónicos constituyan una nueva modalidad de concurrencia presencial, sin solución de continuidad (pp. 60 y 61).

del Código civil o por los arts 325 y siguientes del Código de comercio, cuando sean de aplicación unos u otros conforme a las reglas generales, a los que se unen los artículos 38 y siguientes de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, pues es indudablemente una venta especial a distancia; si la compraventa es a plazos, será de aplicación la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, a lo que no se opone el carácter real de la misma³⁰, dado que el consentimiento equivale aquí a la promesa del contrato y la entrega que lo perfecciona puede efectuarse lo mismo en línea que fuera de la red, según la naturaleza material o inmaterial del bien objeto del contrato.

Por otra parte, mientras el arrendamiento de bienes muebles se rige por los artículos 1542 y siguientes del Código civil, sobre el arrendamiento de servicios, hay que decir que en la actualidad este contrato, aparte del *nomen iuris*, carece de una regulación propia³¹, sin que se puedan prestar por vía electrónica los servicios que exijan la presencia física del destinatario, tales como, por ejemplo, algunas prestaciones médicas o sanitarias. Asimismo, la arcaica regulación del contrato de obra prevista por los artículos 1588 y siguientes del Código civil se completa con la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, que será aplicable a los servicios profesionales que puedan prestarse por vía electrónica, como la redacción de proyectos, cálculos de materiales o de costes, o similares servicios relacionados con construcción de edificios.

Por lo que atañe a los sujetos, es sabido que estos contratos se someten a condiciones generales de la contratación, casi por ser una exigencia inherente a la red. Por eso, se rigen de ordinario por la ya citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación, actúe el adherente o no por motivos profesionales; si así lo hace, el contrato se rige exclusivamente por esta Ley y el Derecho común, en especial el mercantil, en tanto que el adherente que actúa al margen de su actividad económica o empresarial se ha equiparado al consumidor, como vimos, y está amparado, igual que éste, por la también citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en particular por sus normas sobre cláusulas abusivas (arts. 10 y 10 bis y disp. ad. 1.^a) y sobre responsabilidad (arts. 25 y ss.), así

³⁰ En contra, ILLESCAS ORTIZ, *Entre Europa y la nada*, cit., p. 29. El artículo 25.2 del Anteproyecto, que establece las normas aplicables a los contratos electrónicos, no menciona esta Ley, aunque alude a las Leyes que citamos en el texto.

³¹ De contrato atípico habla con razón TRIGO GARCÍA, *op. cit.*, p. 128. Es de lamentar que el caducado Proyecto de Ley de 12 de abril de 1994 (BOC, serie A, núm. 58-1), que pretendía modificar el Código civil para dar una nueva regulación a este contrato junto al contrato de obra, no se haya renovado posteriormente.

como por la Ley 22/1994, de 26 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, respecto de los bienes muebles corporales³². Con todo, la omisión del desafortunado Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales hace sospechar que se ha pretendido derogarlo tácitamente por ser incompatible con las disposiciones del Anteproyecto³³.

3. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DE PROTECCIÓN DEL DESTINATARIO

Como es habitual en las leyes protectoras de los consumidores, el Anteproyecto establece diversas obligaciones de información y de protección del destinatario a fin de que el comercio electrónico sea transparente y la publicidad en línea sea correcta y no compulsiva. En concreto, el texto procura que el comercio electrónico no incida en la intimidad y la privacidad de los usuarios, en especial en lo que concierne a la publicidad no solicitada. Para ello, contempla numerosas obligaciones que los prestadores deben cumplir bien con carácter general y previo, bien al efectuar sus comunicaciones comerciales, o bien en las distintas fases de formación del respectivo contrato, tanto antes como después de su perfección. Mientras las dos primeros tipos de deberes son preliminares, en el sentido de que no exigen un vínculo contractual entre prestador y destinatario, los dos últimos, en cambio, suponen un contrato en formación o ya perfeccionado entre uno y otro.

A) *Obligaciones preliminares.* Las primeras obligaciones se refieren a los datos de identificación del prestador de servicios y a las condiciones económicas del servicio ofertado. En cuanto a los datos, determina el Anteproyecto que el prestador debe disponer de los medios idóneos para acceder a los mismos de forma permanente, fácil, directa y gratuita, siendo suficiente que estén disponibles en su página o sitio de Internet. Los datos son los relativos al nombre, domicilio social, dirección de correo electrónico, inscripción

³² Además de las Directivas comunitarias que están pendientes de incorporación a nuestro Derecho; se trata de la Directiva 97/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1977, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE, L, 144, de 4 de junio de 1997) y de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías en los bienes de consumo (DOCE, L, 171, de 7 de junio de 1999).

³³ Sostiene la absoluta ilegalidad del mismo GARCÍA RUBIO, «Las condiciones generales en la contratación electrónica», *La Ley*, núm. 5227, 2001, pp. 1 ss.

en el Registro Mercantil, autorización administrativa previa, colegio profesional, título académico o su homologación y normas profesionales en caso de ejercer una profesión regulada, o el respectivo código de conducta. Por otra parte, las condiciones económicas aluden al precio del producto o servicio, los gastos de envío y los impuestos aplicables, en especial el Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 11). En fin, no parece que exista un deber imperativo de informar al destinatario del nombre o nombres de dominio de Internet utilizados por el prestador, aunque se someten a un régimen de constancia registral obligatoria (art. 10)³⁴, si bien la divulgación de los mismos interesa al propio prestador, por lo que se informa usualmente del respectivo nombre de dominio.

Es claro que estamos ante uno de los clásicos deberes de información impuestos por la buena fe, que el Anteproyecto fija en el plano normativo e impone con un carácter general y abstracto; es cierto que se trata de un deber específico impuesto por la futura norma legal, pero no atiende a una relación previa entre los eventuales contratantes. Por eso, en caso que el prestador incumpla esta obligación, o facilite datos incorrectos o incompletos, debe reparar los daños que se deriven de dicho incumplimiento, siempre que existan, sean ciertos y estén debidamente probados. De acuerdo con el criterio que sentamos al principio de este trabajo, la responsabilidad es de naturaleza extracontractual, pues el prestador y el destinatario no han tenido ocasión de repartir bilateralmente los riesgos del incumplimiento entre sí.

Por su parte, los deberes de protección de la intimidad y de la privacidad se rigen por las Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, debiendo resaltarse que, según la STC 292/2000, de 30 de noviembre, se trata de derechos fundamentales distintos, que se contemplan por el artículo 18.1 y 4 de la Constitución, respectivamente³⁵. Ambas normas constituyen el fundamento de las restricciones a la libre prestación de servicios impuestas por el Anteproyecto (art. 9.1-II), así como de las obliga-

³⁴ Se rigen por la Orden de 21 de marzo de 2000, por la que se regula el sistema de asignación de nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es), y han presentado problemas en relación con las marcas comerciales; *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 98 ss., y ampliamente CARBAJO CASCÓN, *Conflictos entre signos distintos y nombre de dominio en Internet*, Pamplona, 1999.

³⁵ Para sus posibles vulneraciones en Internet, *vid.*, asimismo, DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 496 ss., y FERNÁNDEZ ESTEBAN, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, 1998.

ciones relativas a las comunicaciones comerciales enviadas por correo electrónico y no solicitadas por el destinatario.

De acuerdo con nuestro texto, estas últimas están, en principio, autorizadas, siempre que se identifiquen nominalmente y que el destinatario no se haya opuesto expresamente a la recepción de las mismas (art. 22). Esta oposición requiere una inscripción gratuita en las listas de exclusión voluntaria, o en listas confeccionadas por el prestador de estos servicios de *mailing* electrónico, quien debe consultarlas, al menos, una vez al mes, siempre que la consulta sea gratuita, sin que el Anteproyecto imponga esta misma obligación en caso contrario (art. 23.1); además, el prestador debe informar sobre la existencia de estas listas e indicar el procedimiento para inscribirse en ellas, aun cuando el destinatario no se haya opuesto, y señalar que su dirección de correo electrónico puede ser utilizada para el posterior envío de comunicaciones comerciales (art. 23.2).

Aunque este sistema de *opt out* se recoge también en la Directiva (art. 7.2), hay que reconocer que supone una pesada carga a todos los posibles usuarios de Internet, la cual es difícilmente compatible con el derecho fundamental de privacidad informática, que acabamos de mencionar, al tiempo que esta oposición a recibir comunicaciones comerciales constituye un nuevo derecho que se añade a los de acceso, de rectificación, de cancelación y también de oposición previstos por la citada Ley de Protección de Datos Personales (arts. 15-17).

En caso de incumplimiento de estas obligaciones por parte del prestador de servicios, debe resarcir los daños que surjan y se deriven del mismo, y su responsabilidad proviene aquí, igual que en el supuesto anterior, de la violación de una obligación impuesta directamente por la futura norma legal. No obstante, a diferencia de dicho supuesto, el procedimiento de oposición y la obligación de consultar las listas de exclusión hacen verosímil la existencia de una relación previa entre el prestador y el destinatario, aun cuando no sea de índole contractual por ser inhábil para la distribución de los riesgos. Aunque esta relación no es sinalagmática o recíproca, por no ser interdependiente ni concausada, sí puede considerarse como una relación bilateral en sentido amplio, puesto que implica la conjunción de dos voluntades que convergen en la exclusión o no de las comunicaciones comerciales³⁶; por consiguiente, parece que la responsabilidad del prestador que incumple estas obligaciones se

³⁶ Para esta distinción, *vid.*, principalmente, ALONSO PÉREZ, *Sobre la Esencia del Contrato Bilateral*, Salamanca, 1967, y nuestra obra *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, pp. 241 ss., y allí otras referencias.

debe calificar en este caso como una responsabilidad de carácter contractual.

B) *Obligaciones precontractuales y postcontractual.* Asimismo, el Anteproyecto contempla nuevas obligaciones de información, que se distinguen de las anteriores por ser concretas, específicas y estar dirigidas a determinados destinatarios con los que el prestador pretende entablar relaciones contractuales; estas obligaciones se presentan en la fase precontractual, o sea, como dice el texto, «antes de que el destinatario del servicio inicie el procedimiento de contratación» (art. 30.1).

Consisten estas obligaciones en informar de manera clara, comprensible e inequívoca sobre los distintos trámites o pasos que debe seguir el destinatario para celebrar el contrato, el archivo del respectivo documento electrónico y su acceso, los medios técnicos para detectar y corregir errores, la lengua o lenguas en que se redactará el contrato, a elección del consumidor (*sic*), así como en poner a disposición del destinatario las condiciones generales del contrato, de manera que puedan ser almacenadas y reproducidas por éste, y los datos correspondientes a su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Estas obligaciones no son exigibles, por un lado, si ninguna de las partes es consumidor —al que se asimilan, como sabemos, los adherentes que actúan fuera de su actividad económica— y por otro, si el contrato se celebra exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación individual equivalente (art. 30).

Es claro que estamos aquí ante obligaciones impuestas por un eventual precepto de rango legal, cuyo incumplimiento da lugar a un supuesto de responsabilidad precontractual. Es sabido que, a falta de norma expresa, predomina la idea de que esta responsabilidad se rige por las reglas de la responsabilidad extracontractual, puesto que aún el contrato no se ha celebrado, si bien se han elevado numerosas voces en los últimos años a favor de la responsabilidad contractual³⁷. En nuestro caso, se debe compartir esta última opinión por la misma razón apuntada en el supuesto anterior, a lo que se puede añadir la presunción de hecho de que el prestador que incumple estas obligaciones lo hace por su cuenta y a su propio riesgo, pues él mismo ha dado comienzo al proceso de formación del concreto contrato que pretende celebrar con el destinatario.

Ya sabemos que, según el Anteproyecto, el contrato se perfecciona en el momento en que la declaración de voluntad del destina-

³⁷ Vid. el amplio elenco que ofrece GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, pp. 78 ss.

tario aceptante llegue al sistema informático del prestador oferente (art. 32.1). Una vez perfeccionado el contrato, se añade otro deber de información, que consiste en la confirmación que el prestador debe comunicar al destinatario, bien mediante un acuse de recibo por correo electrónico dentro de veinticuatro horas, o bien mediante un mensaje de confirmación tan pronto como el destinatario haya completado el procedimiento de contratación, siempre que pueda ser archivado por éste. Tanto el mensaje del destinatario como el del prestador se entienden recibidos cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello, lo que se presume para el acuse de recibo desde el instante en que se almacene en el servidor donde tiene el destinatario su cuenta de correo electrónico. Igual que en las obligaciones precontractuales, éstas no son exigibles en los dos casos excepcionales antes mencionados (art. 31).

Es indudable que estamos aquí ante una obligación postcontractual, que surge una vez perfeccionado el contrato. Su incumplimiento o el retraso en el acuse de recibo o de la confirmación no genera, pues, una responsabilidad *in contrahendo*³⁸, sino un claro supuesto de incumplimiento de una obligación ya nacida y, por tanto, de responsabilidad contractual.

4 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PRESTADORES

A) *Régimen común.* Establece el Anteproyecto que la responsabilidad civil de los prestadores de servicios se rige por las normas generales, con las particularidades de las normas protectoras de los consumidores (art. 13.1), a los que se unen los adherentes asimilados, cuyo estudio queda fuera de nuestro propósito.

Sin embargo, en el ámbito contractual, hay que resaltar que en las obligaciones de medios la diligencia exigible debe ser de alto nivel en atención a que se trata de profesionales y que, en las obligaciones de resultado, como son las contraídas por los intermediarios, los riesgos previsibles al tiempo de celebrarse el contrato se deben asignar al prestador de servicios por ser inherentes a su empresa o actividad económica; por el contrario, en ambos casos,

³⁸ Como entendió la Delegación española en algún momento del proceso de gestión del texto comunitario, según informa GARCÍA MAS, «Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico (Directiva sobre el Comercio Electrónico)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, 2000, p. 2909.

el juez habrá que ser exigente a la hora de apreciar la existencia de un caso fortuito invocado por el prestador demandado, debiendo tener en cuenta, conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que le corresponde la mayor disponibilidad y facilidad probatoria en el proceso (art. 217.6). En fin, las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual sólo serán válidas en los contratos electrónicos celebrados entre empresarios.

En particular, si el destinatario contrata directamente con el prestador y éste le proporciona los servicios del intermediario, no hay responsabilidad extracontractual, puesto que el destinatario no es un tercero, como se ha sostenido³⁹. Aunque el destinatario no ha contratado con el intermediario, es claro que éste actúa aquí como un auxiliar del prestador de servicios, quien responde por aquél por ser el único obligado frente al destinatario y es evidente que esta responsabilidad es de índole contractual⁴⁰. Incluso se ha pensado que el destinatario podría ejercer en este caso una acción directa contra el intermediario por analogía con el transporte combinado⁴¹. Ambas soluciones caben en el contrato de obra (arts. 1596 y 1597 CC) y se pueden extender a todas las obligaciones de resultado contraídas por los prestadores de servicios en general y, en particular, por los intermediarios electrónicos, incluso cuando actúan como subcontratistas⁴², o como contratantes independientes en el marco de la operación económica dirigida por el prestador.

Por el contrario, la responsabilidad extracontractual entra en juego solamente en caso que los daños del destinatario sean ajenos al reparto convencional de los riesgos, o que los sufra un tercero; responsabilidad que, igual que la anterior, se rige por las normas generales, de manera que vale aquí lo dicho sobre la diligencia, el caso fortuito y la prueba. En concreto, el Anteproyecto determina que los prestadores tienen una responsabilidad específica por los contenidos propios o elaborados por cuenta suya que se transmitan por la red (art. 13.2), especialmente en lo que concierne a las creaciones protegidas por la propiedad intelectual, tal como prevé la Posición Común (CE) 48/2000 sobre la propuesta de Directiva relativa a los derechos de autor y derechos afines, que no regula este

³⁹ Aunque reconoce que el punto es discutible, opina en contra RECALDE CASTELL, «Comercio y Contratación Electrónica», *Informática y Derecho*, núm. 30-31, 1999, p. 68.

⁴⁰ Sostienen que la responsabilidad del deudor por sus auxiliares es objetiva JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 488 ss., y JIMÉNEZ JORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, pp. 88 ss.

⁴¹ En este sentido, PAZ ARES, *op. cit.*, p. 95.

⁴² Es partidario de extender la acción directa a los subcontratos PASCUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989, pp. 133 ss.

punto sino que se remite a la Directiva sobre comercio electrónico (Cdo. 16)⁴³, sin perjuicio de las posibles lesiones a la intimidad o a la privacidad de los usuarios de la red. Así, pues, por regla general, cada prestador es responsable de sus propios contenidos y los intermediarios, como sabemos, no responden de los contenidos ajenos en ciertos casos⁴⁴.

B) *Régimen especial de los intermediarios*. En efecto, el Anteproyecto exonera de responsabilidad extracontractual a los intermediarios por la posible utilización ilícita de tales contenidos, en especial de las obras protegidas por la propiedad intelectual, en estos cuatro casos, a saber:

a) La mera conducción (*routing*): Se refiere a los operadores de redes y proveedores de acceso que se ocupan de la transmisión y del acceso, respectivamente, incluyendo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para la transmisión y no supere un tiempo razonable. Estos intermediarios no responden por los contenidos transmitidos, salvo que hayan originado la transmisión, seleccionado los destinatarios o modificado los datos, sin atender a la manipulación exclusivamente técnica de los archivos durante la transmisión de los mismos (art. 15).

b) La copia temporal (*caching*): Se trata aquí del intermediario que almacena de forma automática, provisional y temporal los datos facilitados por un prestador con la única finalidad de hacer más eficaz su ulterior transmisión a los destinatarios. No responde por la reproducción temporal de tales datos si no los modifica, permite el acceso a los destinatarios, respeta las normas usuales para actualizar la información, no obstaculiza la tecnología idónea para medir la utilización de la información y la retira o la bloquea en cuanto tenga conocimiento de que se ha retirado en origen, se ha imposibilitado el acceso a ella, o le ha ordenado el órgano judicial o

⁴³ Se trata de la Posición Común acordada por el Consejo el 28 de septiembre de 2000, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOCE, C, 344, de 1 de diciembre de 2000), que se basa en los nuevos Tratados de la OMPI sobre los derechos de autor y sobre los derechos afines de intérpretes o ejecutantes y fonogramas; nos remitimos para este punto a nuestro trabajo «Incidencia de los Tratados de la OMPI de 1996 en la Ley de Propiedad Intelectual», pe. i. *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 4, 2000, pp. 9 ss. Para la mencionada Directiva, vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «La Propuesta de Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información: nuevas perspectivas para el derecho de autor», pe. i. *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 2, 1999, pp. 79 ss.

⁴⁴ Según GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, pp. 56 ss., tampoco responden en el Derecho en vigor.

administrativo competente que la retire o impida el acceso a la misma (art. 16).

c) El alojamiento de datos (*hosting*): El intermediario se ocupa en este caso de albergar datos proporcionados o actividades realizadas por el destinatario y no responde, siempre que desconozca la ilicitud de los datos o las actividades o que puedan lesionar bienes o derechos de terceros susceptibles de indemnización, o, si conoce estos extremos, retira o bloquea los datos con diligencia y respeto a las normas protectoras de la intimidad personal y familiar y de la libertad de expresión; el retiro y el bloqueo pueden ser imperativos cuando los ordena la autoridad competente por ser ilegales o vulnerar intereses legítimos de terceros. El intermediario no está exento de esta responsabilidad si actúa bajo la dirección, autoridad o control de un prestador de servicios (art. 17), puesto que, en esta hipótesis, se debe exonerar a este último respecto de los contenidos ajenos, pero no de los propios.

d) Los enlaces o búsquedas (*linking*): Si el intermediario facilita enlaces a otros contenidos en la red o incluye en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, tampoco responde por la ilicitud de dichos contenidos, si desconoce que la información a la que remite o recomienda es ilícita o puede lesionar bienes o derechos susceptibles de indemnización, o, si lo conoce, suprime o inutiliza el enlace, conforme a las demás reglas del caso anterior (art. 18).

Además, el Anteproyecto obliga a todos los prestadores, aunque esto se aplica de forma singular a los intermediarios, a comunicar a los órganos administrativos y judiciales competentes, tan pronto como tengan conocimiento de su existencia, la actividad presuntamente ilícita realizada por el destinatario del servicio y, a solicitud de dichos órganos, los datos para la identificación del mismo; igualmente, previo requerimiento administrativo o judicial, deben suspender la transmisión, el alojamiento, el acceso a la red o cualquier otro servicio para poner fin a una infracción o para impedirla y, por orden del juez, supervisar o conservar todos los datos sobre determinado sitio de Internet durante un período máximo de seis meses y ponerlos a disposición del mismo, con arreglo al procedimiento técnico menos gravoso para el prestador del servicio (art. 12).

En suma, el intermediario no responde en estos casos frente al proveedor de contenidos, que es también destinatario de los servicios prestados por aquél, siempre que se ajuste a estas exigencias y actúe con diligencia; si no es así, incurre en responsabilidad extracontractual, que se rige por las reglas generales, y se imputa por

ello a culpa o negligencia y no sólo por dolo⁴⁵; también debe responder si sospecha que los contenidos no son lícitos, aun antes de tener conocimiento efectivo de la ilicitud, pues se trata de un riesgo que es propio de su actividad empresarial. Por otra parte, se ha criticado la obligación de supervisión de los contenidos por ser materialmente impracticable o el filtrado caro e ineficaz, por restringir la libertad de expresión y la libre competencia y por descargar en los intermediarios la apreciación de la ilicitud de los contenidos⁴⁶, así como por no contemplar un procedimiento especial de notificación y retirada semejante al norteamericano⁴⁷. Pero hay que reconocer que esta solución es poco exigente con los intermediarios, a los que se les respeta su pasividad y sólo se les imponen unos deberes mínimos de comunicación y de colaboración, con la ventaja de acudir a los cauces administrativos y judiciales ordinarios de nuestro ordenamiento.

C) *Régimen especial de los certificadores de firma electrónica.* Por último, debemos ocuparnos de los olvidados intermediarios que prestan el servicio de certificación de las firmas digitales. El Real Decreto-ley 14/1999 les impone numerosas obligaciones, algunas comunes a todos estos prestadores y otras especiales para los que expiden certificados reconocidos.

Entre las primeras destacan las obligaciones de comprobar la identidad del signatario, entregarle los dispositivos de creación y verificación de firma, no almacenar ni copiar los datos de creación de la firma, informarle sobre el precio, condiciones para la utilización de la firma, posibles limitaciones de uso y garantías, además de mantener un registro telemático de los certificados emitidos y de comunicarle con una antelación mínima de dos meses el cese en su actividad (art. 11). De las últimas obligaciones, sobresalen estas dos: por una parte, deben constituir una garantía para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios ante los signatarios y los terceros afectados por sus servicios, garantía que puede

⁴⁵ En cambio, cree que esta responsabilidad se imputa sólo por dolo GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, p. 49, y los autores que cita, pues estima que el intermediario debe responder únicamente tras el conocimiento efectivo de la infracción a los derechos de autor y derechos conexos.

⁴⁶ En este sentido, JULIÁ BARCELÓ, *Liability For On-Line Intermediaries*, cit., pp. 460-460, quien sugiere la creación de un «cuerpo especial» de reclamaciones, de naturaleza privada y autorregulado; desarrollan estas y otras críticas, así como dicha sugerencia, JULIÁ BARCELÓ y KOELMAN, «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, pp. 3 ss. En general, estas críticas son, a nuestro juicio, poco convincentes.

⁴⁷ Es la opinión de GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, *op. cit.*, p. 50.

consistir en una fianza mercantil o en un seguro de caución [art. 12.g)]; por otra parte, deben informar sobre el precio, las condiciones de utilización, los límites de uso, los procedimientos de reclamación y solución de conflictos, información que «estará también a disposición de los terceros interesados y se incorporará a un documento que se entregará a quien lo solicite» [art. 12.i)]. En fin, los certificados reconocidos deben indicar, entre otros extremos, los límites de uso y el valor máximo de las transacciones, si se hubieran establecido [art. 8.i) y j)].

El incumplimiento de estas obligaciones legales, así como la negligencia del certificador, provocan su responsabilidad por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona, correspondiéndole la carga de la prueba de su diligencia. Esta responsabilidad se rige por las normas generales de la responsabilidad contractual y extracontractual, sin perjuicio de las normas especiales sobre consumidores, y se extiende a todo el patrimonio del prestador, en caso de insuficiencia de la garantía. En particular, el prestador no responde por el uso indebido de los certificados reconocidos, a no ser que consten en ellos, de forma claramente reconocible por los terceros, los límites de uso y de cuantía máxima que acabamos de señalar (art. 14).

Aunque se había propuesto autorizadamente que esta responsabilidad debería ser de carácter objetivo⁴⁸, se ha estimado que la inversión de la carga de la prueba es severa⁴⁹, o rigurosa, dado que objetiva dicha responsabilidad⁵⁰. Asimismo, se ha puesto de relieve, con razón, que dicha inversión no es coherente con la limitación de la responsabilidad del prestador sólo por falta de claridad de los límites consignados en el certificado, cuando hay otros casos, como errores en la identidad del signatario, el contenido esencial del certificado o límites temporales del mismo, en los que también debería responder⁵¹. Con todo, esta culpa presunta es poco relevante, pues es indudable que la obligación que el certificador contrae con el signatario es una obligación de resultado, por lo que cualquier defecto del mismo le es imputable como incumplimiento y desencadena su responsabilidad. Pero tiene la importante consecuencia asignar a cargo del prestador todos los riesgos que comporta el

⁴⁸ Vid. GARCÍA MAS, «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 652, 1999, p. 772.

⁴⁹ Así, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit., p. 102

⁵⁰ En este sentido, GONZÁLEZ ECHENIQUE CASTELLANOS DE UBAO, «Estudio de la Directiva y del Real Decreto-ley de 17 de septiembre de 1999 de forma electrónica», *Derecho de Internet*, cit., pp. 247 y 248.

⁵¹ Igualmente, ILLESCAS ORTIZ, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit., p. 140.

servicio de certificación prestado, de los que se libera solamente si demuestra la existencia de un caso fortuito, en cuya apreciación, según dijimos, los tribunales deben ser estrictos. Se ha señalado, en fin, que la inversión de la carga de la prueba se fundamenta aquí en que se presume que los certificadores cuentan con suficientes y mayores medios técnicos que los posibles signatarios⁵², lo que es válido, en rigor, para todos los prestadores de servicios y, en especial, para los intermediarios.

Al lado de esta responsabilidad contractual, se ha pensado que todos los casos en que el prestador responde ante terceros constituyen supuestos de responsabilidad extracontractual⁵³. Pero estos terceros no son extraños al contrato celebrado entre el certificador y el signatario ya que son, precisamente, los destinatarios de la firma electrónica, y por eso se les confiere legitimación para dirigirse directamente contra el certificador por los daños que sufran como consecuencia de la información incorrecta que se les proporcione o de los datos oscuros que figuren en el correspondiente certificado.

Por consiguiente, es claro que de dicho contrato se desprende una eficacia provocada de la que el tercero se sirve para ejercer su pretensión contra el certificador y la utiliza como fundamento para su acción de daños y perjuicios⁵⁴; por eso, esta responsabilidad debe considerarse más bien de índole contractual.

En definitiva, visto este régimen especial, bueno sería que se debiera aplicar por ley a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y en particular a los intermediarios, pues ello contribuiría ciertamente a fortalecer el clima de seguridad y confianza de los usuarios en el comercio electrónico. No hay que olvidar que aquí, como en cualquier escenario de teatro, los verdaderos protagonistas no son sólo determinados actores, sino sobre todo el público, pues representa los intereses generales de la sociedad.

⁵² *Vid.*, en este sentido, CREMADES GARCÍA, *op. cit.*, p. 159.

⁵³ Así, por ejemplo, ALONSO y ALCOVER GARAU, «La firma electrónica», *Derecho de Internet*, cit., p. 199.

⁵⁴ Para esta eficacia del contrato frente a terceros, *vid.* DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 6.ª ed. 1996, p. 428. No se trata de un contrato en favor de terceros, pues el destinatario de la firma electrónica no puede exigir al certificador el cumplimiento de la prestación principal, cosa que sólo puede hacer el signatario, ni su acción de responsabilidad requiere un acto previo de aceptación (art. 1257-II CC).

El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos *

REGINA GAYA SICILIA
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos: su reconocimiento legal.*—II. *Criterios jurisprudenciales.*—III. *Perspectivas de futuro.*

I. EL DERECHO DE LOS ABUELOS A RELACIONARSE CON SUS NIETOS: SU RECONOCIMIENTO LEGAL

1. Habitualmente los abuelos mantienen relaciones más o menos asiduas y prolongadas con sus nietos. Estas relaciones han recibido siempre una valoración positiva por entenderse que daban cobertura a necesidades afectivas de abuelos y nietos y por considerarse beneficiosas para el desarrollo y la educación de estos últimos. Hoy en día –pese a la tendencia a limitar el concepto de familia a la llamada «familia nuclear», es decir, sólo padres e hijos– los abuelos siguen jugando un importante papel, reforzado incluso tras el crecimiento de las familias monoparentales y por las necesidades laborales de los padres que, por esta razón u otras semejantes, confían sus hijos menores a la atención y cuidado de los abuelos. La particular vinculación existente entre abuelos y nietos ha sido también reconocida desde antiguo por el Derecho en ámbitos como los

* La versión en inglés de este trabajo (*The Right of Grandparents to Have a Relationship with Their Grandchildren: the Spanish Case*) fue presentada como comunicación en la International Society Family Law North American Regional Conference, *Defining the Family: Familial Rights and Obligations in the New Century*, que tuvo lugar en Queen's University, Kingston, Ontario (Canadá), los días 14 a 16 de junio de 2001.

alimentos, la tutela y la sucesión¹. Pero sólo desde fecha reciente se encuentra en el Derecho español la base normativa que permite a los abuelos seguir manteniendo relaciones con sus nietos pese a la oposición paterna o materna. El caso se plantea tanto en el supuesto de fallecimiento de uno de los progenitores como en el de separación o divorcio cuando el cónyuge superviviente o aquel que ejerce la patria potestad impide las relaciones de los menores con los padres del fallecido, de su consorte o ex consorte.

Para estos supuestos opera la previsión legal del artículo 160 del Código Civil que, en sus párrafos segundo y tercero, dice:

«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.»

El precepto, como se ve, consagra la viabilidad de las relaciones personales entre un menor y un pariente o allegado suyo pese a la oposición arbitraria del o de los titulares de la patria potestad. Queda así de manifiesto que el legislador fue consciente de que la vida de un menor no tiene por qué circunscribirse a la esfera familiar más inmediata (padre o madre) considerando positivamente el enriquecimiento que supone —en términos generales— el contacto con otras personas².

2. Como precedentes remotos del artículo 160 CC se citan la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1935 y la del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia de 15 de diciembre de 1939. En la primera, el Tribunal Supremo, a instancia de la abuela materna de unas menores, priva de la patria potestad al progenitor que le había prohibido visitar y comunicarse con sus nietas, lo que «constituye un abuso de autoridad dañoso para los sentimientos de la niña»³. La segunda de las sentencias estima que «ni el padre de la menor, ni los abuelos paternos, pueden oponerse a no mediar justo motivo que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es

¹ Artículos 143 y 144, 234.4.º, 931, 933 y 934, todos del Código Civil (en adelante, CC).

² SALANOVA VILLANUEVA, «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994», en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio (1996), pp. 948 y 950, nota 14. En el mismo sentido, RUBIO SAN ROMÁN, *Comentarios al Código Civil* (Coord. Rams Albesa y Moreno Flórez), t. II, vol 2.º, libro primero, títulos V a XII, ed. Bosch (Barcelona, 2000), p. 1498.

³ *Repertorio Jurídico Aranzadi* (en adelante Ar), 1935/1858.

lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta...»⁴.

El antecedente inmediato del vigente artículo 160 CC es la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁵. La norma suprimió el antiguo artículo 160 CC e introdujo en el artículo 161 CC el texto ya mencionado que carecía de precedente en nuestro Derecho. Razones como una nueva sensibilidad social en la materia, la debilitación progresiva del poder paterno y control sobre los hijos y el creciente protagonismo del menor así como el influjo del artículo 371.4 del *Code* francés (fruto de la reforma, entonces todavía reciente, de 1970)⁶ explican que desde los primeros trabajos preliminares se hicieran propuestas en la línea de reconocer un derecho de visita al menor sometido a la patria potestad a favor de los abuelos y/o parientes⁷. Por la consideración especial en que se tiene a los abuelos es interesante la ponencia inicial presentada al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación en febrero de 1978 por uno de sus vocales, el profesor Castán Vázquez. El texto decía: «El padre y la madre no pueden impedir las relaciones personales entre su hijo y los abuelos de éste. Cuando los padres o alguno de ellos alegare que tales relaciones son gravemente perjudiciales para el menor, el Juez decidirá lo procedente a la vista de las circunstancias, pudiendo reglar o suprimir el derecho de visita o de correspondencia de los abuelos. También podrá el Juez, en atención a circunstancias que lo aconsejen, conceder tales derechos a otras personas.» Como el propio vocal ha explicado, al elaborar el primer borrador del Anteproyecto de Ley se adoptó su propuesta en lo esencial pero se «sustituyó la alusión a “los abuelos” por una alusión a “los parientes”, al entender que no solamente los abuelos, sino también otras personas de la familia pueden tener interés en relacionarse con el

⁴ Cito a través de RIVERO HERNANDEZ, *El derecho de visita*, ed. Bosch (Barcelona, 1997), p. 116. La resolución original, de difícil localización, aparece citada en la obra de VIVES LLAMAZARES, *El derecho de los ascendientes al trato y comunicación con sus descendientes*, Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores (Valencia, 1950), p. 77, de donde Rivero la toma.

⁵ BOE núm. 119, de fecha 19 de mayo de 1981.

⁶ Artículo 371.4: «Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.—En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non». Por Ley núm. 93-22, de 8 de enero, el «tribunal» fue sustituido por el «juge aux affaires familiales».

⁷ RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 116-117.

menor, no como simple excepción posible, que es como se concedía en la ponencia»⁸.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁹, trasladó al artículo 160 del Código el contenido del 161, retocando su redacción (eliminó «de manera plena» en su párrafo primero) y dejando el precepto tal y como hoy se conoce¹⁰.

3. El artículo 160 CC se encuadra en el libro I (De las personas), título VII (De las relaciones paterno-filiales), capítulo primero (Disposiciones generales) del Código Civil. Esta ubicación no es intrascendente desde el punto de vista del análisis, pues al situarse el artículo 160 en el contexto de las relaciones paterno-filiales permite concebirlo como un límite legal a las potestades paternas¹¹. Conviene, por tanto, recordar en sus líneas generales el diseño de la patria potestad en el Código Civil español.

La patria potestad es un poder general de tuición que la ley reconoce a los padres sobre los hijos menores no emancipados o incapacitados (arts. 111, 154 y 171 CC). Es una potestad o función en cuanto que los derechos o facultades que la integran se atribuyen a sus titulares no para que los ejerzan en su propio interés sino para que los actúen en interés y beneficio de los hijos sometidos a ella. La existencia de los derechos o facultades se justifica, así, por el ejercicio de la función. Los deberes y facultades que a los padres competen en la esfera personal del menor se relacionan en el artículo 154.2.º CC: «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». El deber de «velar» por los hijos —comprensivo realmente de todos los demás— supone «cuidar solícitamente»¹² de ellos, comprende tanto la vida física como la moral o afectiva del menor y reclama de sus titulares el control efectivo de la vida de relación de éste. Lo dicho supone la

⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, «Comentario al art. 161 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), t. III, vol. 2.º, Edersa (Madrid, 1982), p. 176.

⁹ BOE núm. 275, de fecha 17 de noviembre de 1987.

¹⁰ Artículo 160.1 CC: «El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial.» La modificación responde a la sustitución de la llamada adopción «plena» por la regulada en la nueva norma.

¹¹ Cfr. SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 2.º, ed. Bosch (Barcelona, 1989), p. 247; CASTÁN VÁZQUEZ, «Comentario al artículo 154», en *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia* (Madrid, 1993), p. 547; SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 948.

¹² *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, ed. 21.ª, t. II (Madrid, 1992).

posibilidad de prohibir o limitar cierto tipo de relaciones o las relaciones con determinadas personas. Ahora bien, esta facultad de control de la vida de relación del menor –inspirada siempre por el criterio de su interés– encuentra una doble limitación legal: por un lado, su ejercicio debe efectuarse en la medida de las necesidades del menor o, como dice el artículo 154 CC, «de acuerdo con su personalidad»; de otro, no podrá ejercitarse impeditivamente más que si concurre la «justa causa» del artículo 160.2, legitimadora de la prohibición que veta los contactos entre el menor y sus parientes o allegados ¹³.

4. Por lo demás, la dicción negativa del artículo 160.2 CC no ha sido obstáculo al reconocimiento de la existencia de un derecho a las relaciones personales tanto para el hijo menor como para los parientes o allegados ¹⁴. En referencia concreta a los abuelos ha dicho el profesor Rivero Hernández, uno de los mejores especialistas españoles en la materia: «[...] existe un derecho de visita autónomo y propio a favor de los abuelos, de que éstos son titulares formales, basado normativamente en las expresiones conocidas del artículo 160, párrafos 2.º y 3.º... ¿Qué otra cosa podría ser ese *quid* jurídico que no puede serle negado sin justa causa, que los abuelos (como otras personas) pueden reclamar jurídicamente en caso de oposición y sobre el que el juez decidirá según criterios que no difieren sustancialmente respecto de los que se manejan para homóloga pretensión de los padres (el interés del menor)?» ¹⁵. Más aún, según nuestra mejor doctrina, se trata concretamente de un derecho de visita, que no varía en su definición, funcionalidad, fundamento y caracteres en virtud de quien sea cotitular del mismo junto al menor. En ajustada síntesis del parecer de nuestros autores destaca Salanova: «Recordemos brevemente que el derecho de visita puede definirse [...] como “derecho de naturaleza, o mejor, contenido

¹³ LETE DEL RÍO, «Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)», en *Poder Judicial*, 25 (1992), pp. 147-148.

¹⁴ LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 148; SANCHO REBULLIDA..., *op. cit.*, p. 250; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos*, col. Jurisprudencia práctica, ed. Tecnos (Madrid, 2000), p. 12. Cuestiona este planteamiento DE PRADA: «El Juez no parece en este precepto obligado a tener en cuenta exclusivamente el interés del hijo, sino también de los parientes y allegados, a los que da la impresión de reconocer un derecho de relación que resulta sorprendente». «La patria potestad tras la reforma del Código civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXV, Edersa (Madrid, 1982), p. 389. Recientemente, SERRANO ALONSO: «La norma es extraña, ya que es dudoso que realmente exista un derecho subjetivo familiar a relacionarse con los parientes, en cualquier caso no existe sanción alguna para el caso de que se impida al menor relacionarse con sus parientes». «Comentario al artículo 160», en *Comentario del Código Civil* (coord. Sierra Gil de la Cuesta), t. 2, arts. 90 al 332, ed. Bosch (Barcelona, 2000), p. 450.

¹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 118.

puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin”. Su naturaleza jurídica –desde la perspectiva del visitante– es de derecho-función o derecho de «finalidad altruista», en la medida que no se concede únicamente para satisfacer los intereses de su titular sino para favorecer los del menor visitado, respecto de quien sí se puede hablar en pureza de un derecho subjetivo [...]. Su finalidad estribaría en favorecer y estimular el desarrollo personal del menor merced al fomento de sus relaciones personales con personas dispuestas a demostrarle su cariño y afecto. En cuanto a su fundamento común –es decir, predicable de todos aquellos supuestos en los que las visitas puedan decretarse– sería esa misma relación afectiva, con la que pueden concurrir la existencia de eventuales lazos ya biológicos ya jurídicos entre menor y beneficiario del derecho [...]. En lo que a sus caracteres respecta, cabe apuntar su subordinación al interés del menor, su inclusión dentro del «orden público familiar» y consiguientes innegociabilidad, irrenunciabilidad absoluta e imprescriptibilidad; su innata relatividad y variabilidad en función de las circunstancias concretas del caso así como de la evolución de las mismas, y su carácter de derecho personalísimo y consecuentemente indelegable»¹⁶. Cuestión distinta es que de acuerdo con la relación de parentesco que –junto a la imprescindible de afectividad– una al menor con el visitante la finalidad del derecho se amplíe y su fundamento se refuerce¹⁷.

5. El artículo 160.2 y 3 CC presenta –en su indefinición y amplio tenor– algunas cuestiones de imprescindible consideración. Se refieren éstas a los sujetos y contenido del derecho que el precepto define, a la justa causa obstativa de las relaciones entre abuelos y nietos menores, a las circunstancias con arreglo a las que el Juez debe resolver y, finalmente, al modo de fijación del régimen de las relaciones entre abuelos y nietos.

6. La doctrina ha criticado la desmesurada amplitud con que –con excepción del hijo– el artículo 160.2 CC define a los titulares del derecho de visita. Se habla de «parientes», sin limitación del parentesco que puede invocarse a efectos de ejercitar el derecho de visita. Y la introducción del concepto de «allegado» amplía aún más el alcance del precepto, pues equivale a «cercano» o «próximo», lo que ha llevado a Bercovitz a entender que «en última

¹⁶ SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 944, nota 3. Para una explicitación de estos caracteres, *vid.* CÁRCABA FÉRNANDEZ, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 944.

instancia, implica la protección de relaciones con cualquier persona»¹⁸. La realidad es que, desde la perspectiva de los abuelos, esa amplitud resulta beneficiosa pues son —exceptuando a los padres— los primeros parientes en línea recta del menor. Según el artículo 108 CC hay que incluir tanto a los abuelos legítimos como a los que derivan su parentesco con el menor de una relación extramatrimonial¹⁹. También a los abuelos que lo son tras una adopción²⁰. El término «allegados» permite, además, dar cobertura a una situación que, si bien excepcional, puede plantearse: ¿qué ocurrirá con los abuelos de un nieto dado en adopción por sus padres? De acuerdo con el artículo 178.1 CC —y salvando los casos previstos en el número 2 del mismo artículo— la adopción extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. Teóricamente, los abuelos del menor, consanguíneos suyos, podrían ejercitar su derecho de visita no como parientes sino como «allegados»²¹. Aun sin ser mencionados expresamente, la posición de los abuelos aventaja —con mucho— a la de los otros «parientes» y, desde luego, el Juez que resuelva su demanda, al tener que decidir «atendiendo a las circunstancias», no podrá dejar de ponderar la proximidad del parentesco. Como regla general, esta proximidad permitirá presuponer la existencia de afecto, reconociéndose así el derecho a las relaciones con el menor sin necesidad de prueba complementaria alguna. La excepción será entonces privar a los abuelos de su derecho sobre la base de las pruebas aportadas por el progenitor que, alegando una «justa causa», se opone al ejercicio de éste.

7. ¿Cuál es el contenido del derecho de visita de los abuelos? Nuevamente el artículo 160.2 CC se manifiesta con amplitud, pues habla de «relaciones personales». Es acertada la interpretación de Lete cuando señala que seguramente el legislador usó esta fórmula para evitar *a priori* una interpretación restrictiva, en tanto que la palabra «visita», que significa «ir a ver a uno a su casa (domicilio

¹⁸ BERCOVITZ, «Comentario al artículo 161», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia* (coord. Amorós Guardiola), v. II, ed. Tecnos (Madrid, 1984), p. 1076. Más equilibrada la posición de SANCHO REBULLIDA: «En cualquier caso, no es grave la posible ambigüedad, dada la facultad decisoria del juez, dentro de un amplio arbitrio.» SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 247.

¹⁹ Padres matrimoniales de padre/madre extramatrimonial del menor, o padres extramatrimoniales de progenitor matrimonial del niño. RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, p. 117.

²⁰ Abuelos adoptantes de progenitor por naturaleza, o padres por naturaleza del adoptante del menor. *Ibidem*.

²¹ Tiene razón María Cárcaba cuando señala que para apreciar tal derecho sería necesario que el niño hubiera tenido antes de ser adoptado estrecho contacto con los abuelos, sin contar con que el hecho de la adopción puede jugar como «justa causa» para que el Juez impida las relaciones demandadas. CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 14.

del titular o titulares de la guarda del menor) por cortesía, afecto o amistad», evoca el contenido mínimo del derecho a relacionarse²². En la doctrina es opinión común que las «relaciones personales» del artículo 160.2 CC comprenden los mismos contenidos que el artículo 94 CC señala para los padres en supuestos de separación, nulidad o divorcio²³. Incluirán, por tanto, visitas *stricto sensu*, comunicación o correspondencia (por cualquiera de las vías posibles: telefónica, epistolar u otras similares) y la estancia o alojamiento del menor, incluyendo la pernocta. Aunque formalmente y desde el punto de vista de las facultades que lo integran, el contenido del derecho de visita de los abuelos es equiparable al de los padres; en el caso concreto, la extensión y la periodicidad del derecho de visita de aquéllos se verán reducidas. La razón es doble: la intensa vinculación del hijo menor con los padres (más necesitado de éstos que de sus abuelos) y el deber del progenitor con derecho de visita y titular de la patria potestad de ejercitar ésta precisamente con ocasión de sus contactos con el menor. Tampoco puede descartarse que el juez suprima para los abuelos alguna de las facultades señaladas si así lo demanda el interés del menor al que, en última instancia, se supeditan tanto el derecho de visita de todos como las modalidades y extensión de su ejercicio.

8. Sólo la concurrencia de una «justa causa» podrá enervar la pretensión de los abuelos de relacionarse con su nieto menor (art. 160.2 CC). Es evidente que, sin confundirse con el «interés del menor», la «justa causa» se relaciona con éste²⁴. Pero ¿cómo delimitarla?²⁵.

En términos generales, se considera que concurre una «justa causa» allí donde la relación del menor con los abuelos perjudique al niño porque se ponga en peligro su salud, seguridad, moralidad o educación²⁶. Rivero ha equiparado los «motivos graves» que justifican la suspensión del derecho de visita de los padres en caso de separación, nulidad y divorcio (art. 94 CC) a la «justa causa» del artículo 160.2. Esos motivos graves deberán ser además «serios, legítimos y actuales, más que potenciales» y el juez tendrá que valorarlos «con toda la ponderación y rigor que la trascendencia de

²² LETE DEL RÍO, *op. cit.*, 149.

²³ Artículo 94 CC: «El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial.»

²⁴ BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 1076.

²⁵ *Vid.* la crítica de SERRANO ALONSO, *op. cit.*, p. 450.

²⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 20; RUBIO SAN ROMÁN, *op. cit.*, p. 1499.

sus consecuencias aconseja»²⁷. La elaboración por parte de la doctrina de un elenco de motivos potencialmente esgrimibles por quienes se oponen al derecho de visita de los abuelos, pero por debajo del nivel de consistencia exigido a la «justa causa», puede iluminar la cuestión²⁸. No son pues «justa causa» a los efectos del artículo 160.2 CC:

- La sola opinión del guardador respecto de la influencia negativa sobre el menor de las visitas de los abuelos.
- Las desavenencias entre guardador y abuelos –presupuestas en el hecho mismo del litigio– que sólo en el caso extremo de que llegaran a desestabilizar al menor serían relevantes.
- La supuesta incompatibilidad de la patria potestad del progenitor con el derecho de visita de los abuelos, que *a priori* son perfectamente conciliables. Únicamente en el caso de que los abuelos pretendieran deliberadamente influir sobre la educación o formación del menor con planteamientos contradictorios a los del progenitor o descalificaciones personales de éste, su derecho de visita entraría en conflicto con los que el artículo 154 CC reconoce única y exclusivamente a los padres²⁹.
- La voluntad del menor contraria –sin otra justificación– a la relación con sus abuelos. No siempre los deseos del menor coinciden con su interés. Y tampoco debe descartarse la influencia que sobre éste pueda haber ejercido el progenitor reacio al contacto con los abuelos. Desde luego, en esta cuestión es determinante la edad del menor, pues no puede valorarse del mismo modo la negativa de un niño de siete años que la de un adolescente de quince³⁰.

La carga de la prueba de la existencia de «justa causa» para impedir el ejercicio del derecho de visita de los abuelos recae sobre quien la haga valer, es decir, sobre los progenitores que vetan la relación entre aquéllos y el menor. Circunstancia que ha permitido deducir tanto la existencia de una presunción *iuris tantum* de que

²⁷ RIVERO HÉRNANDEZ, «El derecho de visita. Ensayo de una construcción unitaria», en RIVERO HÉRNANDEZ *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis*, Eunsa (Pamplona, 1982), pp. 177 y ss.

²⁸ Sigo aquí a SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, p. 952 y CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 22.

²⁹ Artículo 154 CC, párrafo segundo: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.»

³⁰ Sobre el peso que en la valoración del interés del menor pueda tener la voluntad de éste, *vid.* RIVERO HÉRNANDEZ, *El interés del menor*, ed. Dykinson (Madrid, 2000), p. 137.

corresponde al interés del menor mantener relaciones con sus abuelos³¹, como la confirmación de la existencia de un auténtico derecho a favor de éstos³².

9. El juez resolverá –termina el art. 160.3 CC– «atendidas las circunstancias». ¿Qué circunstancias deberá tener en cuenta el órgano judicial para establecer un concreto régimen de visitas a favor de los abuelos? Sobre todo el interés del menor. Será éste el que determine tanto la exclusión del derecho como su extensión (siempre menor que el derecho de visita del progenitor), modalidades (visita en sentido estricto, comunicación, convivencia o solo alguna o algunas de estas facultades) e incluso la modificación del régimen inicialmente previsto. Hay que prestar atención además a la posible variación de las circunstancias objetivas consideradas para fijar el régimen de visitas de los abuelos: pueden haber cambiado los lugares de residencia de abuelos o nietos, los horarios escolares de los menores o laborales de los adultos, etc. Por todo lo dicho, el derecho de visita de los abuelos es esencialmente relativo y variable. Y se entiende bien por tanto que –como ha resaltado la doctrina en relación con las decisiones judiciales que afectan a un menor– las sentencias en materia de derecho de visita no produzcan el efecto de cosa juzgada. Así, cualquier alteración de las condiciones que justificaron un determinado régimen de visitas a favor de los abuelos autorizará a conocer de nuevo el caso.

10. Queda, finalmente, por tratar el modo de fijación del régimen de las relaciones entre abuelos y nietos menores. Se ha planteado aquí, en consonancia con el artículo 160.3 CC, la posibilidad del proceso judicial. Por aplicación de la disposición adicional décima de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la vía adecuada para reclamar los abuelos la efectividad de su derecho será el procedimiento de jurisdicción voluntaria, aunque siempre quede a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria; en el caso, a través del juicio verbal³³. Pero nada se opone a que los titulares de la patria potestad lleguen a un acuerdo con los abuelos que, en situación de crisis matrimonial, puede recogerse en

³¹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 26.

³² «Como puede constatare, la carga de la prueba incumbe a los demandados (a los padres que se oponen), lo que constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor.» LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 148.

³³ La disposición derogatoria única 1.1.ª de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declara la vigencia del libro III de la vieja Ley de 1881, en tanto no entre en vigor la nueva Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (actualmente en fase de elaboración), y señala que las referencias al proceso contencioso procedente contenidas en el libro III se entenderán hechas al juicio verbal (libro II, título III, arts. 437 a 447 de la Ley actual).

el convenio regulador³⁴. La condición de validez de esos pactos será únicamente el respeto del «orden público familiar», dentro del que se incluye el derecho de visita. Recuérdese su innegociabilidad, indisponibilidad y la imposibilidad, por tanto, de transigir sobre él. Así, mientras el objeto del pacto quede limitado a la modalización de las relaciones personales entre abuelos y nietos menores nada se le podrá oponer. De todos modos, esos pactos quedarán supeditados a la decisión judicial en el caso de que, por el desacuerdo o incumplimiento de alguna de las partes, el asunto llegara a los Tribunales: el juez podrá entonces alterar lo acordado en función del interés del menor³⁵.

II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1. No son muchos los litigios que sobre esta cuestión han llegado al Tribunal Supremo. El número de resoluciones no alcanza la decena. Sin embargo, son suficientes para delimitar las pautas de interpretación del artículo 160.2 y 3 CC. En Auto de 3 de mayo de 2000³⁶ recoge el Tribunal Supremo una buena síntesis de su doctrina. El Fundamento Jurídico³⁷ 3.º dice: « [...] *la sentencia recurrida es plenamente conforme con la doctrina de esta Sala en materia del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos (así, SSTs 7-4-1994, 11-6-1996, 17-9-1996 y 11-6-1998), que mantiene que este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores [...]. En cuanto a la alegación de que no debería obligarse a cumplir el derecho de los abuelos a relacionarse con el menor sino que debería ser éste quien decidiese ejercitarlo, debe mantenerse con la STS 17-9-1996, que el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de*

³⁴ Vid. el apartado III de este trabajo.

³⁵ Sobre esta cuestión, vid. SALANOVA VILLANUEVA, *op. cit.*, pp. 966-970.

³⁶ Ar. 2000/3573.

³⁷ En adelante. FJ.

manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, aplicable retroactivamente por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España (así, Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990 [...] principios que en definitiva son los que constituyen la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el artículo 160.2 CC [...]).»

2. Más allá de esta elocuente síntesis, el Tribunal Supremo ha reafirmado en sus sentencias³⁸ algunos aspectos ya precisados por la doctrina. Así, el Alto Tribunal –que ha insistido en calificar como derecho y, más precisamente, como derecho de visita, la figura recogida por el artículo 160.2 CC al referirse a las relaciones personales entre el hijo y los parientes y allegados³⁹– declara la perfecta compatibilidad entre la relación de patria potestad y el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos⁴⁰, determina que el contenido del derecho de visita de los abuelos no puede ser equiparable al de los progenitores⁴¹, subraya que la «justa causa» impeditiva de las relaciones entre los abuelos y el menor debe tener consistencia superior a las «rencillas personales» pues éstas, por sí solas, son irrelevantes a los efectos del precepto⁴², ordena que sea

³⁸ En adelante, STS.

³⁹ STS 7-4-1994, FJ 4.º (Ar. 1994/2728); STS 11-6-1996, FJ 3.º (Ar. 1996/4756); STS 17-9-1996, FJ 2.º (Ar. 1996/6722).

⁴⁰ STS 11-6-1996, FJ 6.º (Ar. 1996/4756); STS 11-6-1998, FJ 2.º (Ar. 1998/4681); STS 23-11-1999, FJ 1.º (Ar. 1999/8278).

⁴¹ «[...] el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía el menor con su padre, pues el establecimiento de un régimen de visitas a favor de un progenitor, tras una separación, nulidad o divorcio, no sólo descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o convivencia educacional para un niño que se está formando y psíquicamente puede precisar de la vivencia que supone el saber que una persona concreta es su padre, aun cuando el matrimonio haya quebrado la convivencia, sino que también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad.» STS 11-6-1996, FJ 4.º (Ar. 1996/477).

⁴² STS 7-4-1994, FJ 6.º (Ar. 1994/2728).

oído el menor⁴³ y, finalmente, atento a la modificación de las circunstancias sucedida a lo largo de la tramitación del proceso, llega –sólo por ese motivo y en aras del interés del menor– a dar lugar a la casación de la sentencia recurrida⁴⁴.

Son también de señalar las alusiones al régimen de visitas pactado entre progenitores y abuelos⁴⁵, delimitándose en STS de 7 de abril de 1994⁴⁶, el valor y el alcance de estos acuerdos en caso de que –pese a ellos– se llegara a entablar contienda judicial: «[...] porque el hecho de que el juez tenga en cuenta para decidir el acuerdo entre las partes es solución razonable que asume el órgano judicial como propia y la reviste de la autoridad de la sentencia» (FJ 2.º). Y, más adelante: «[...] no puede producir la casación que dentro de la menor cuantía se haya admitido como fórmula informativa de la voluntad de las partes respecto de la relación familiar abuelos-nietos el acuerdo de aquéllos con el padre al modo del convenio regulador de los procesos matrimoniales, ya que han servido como ilustración al Juzgado y a la Sala de la Audiencia, que lo aceptan como solución propia y jurisdiccional» (FJ 3.º). Como se verá, este criterio adelanta de algún modo la propuesta de modificación del CC respecto al régimen de la relación abuelos-nietos⁴⁷.

Por último, el Tribunal Supremo llega a recomendar al juzgador de primera instancia que –responsable de la ejecución de la sentencia– vele por que la relación entre abuelos y nietos «se produzca de modo cumplido y satisfactorio» y a tal efecto le sugiere que recurra a «cuantas instituciones (autonómicas y estatales) crea convenientes» así como a «los asesoramientos que precise»⁴⁸.

3. Interesa también presentar algunas sentencias procedentes de Audiencias Provinciales⁴⁹ en la medida en que integran la panorámica jurisprudencial que pretende ofrecerse. Las aquí reseñadas o suponen una desviación de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, o completan de algún modo las pautas hermenéuticas del Alto Tribunal, o bien contemplan cuestiones de hecho que, por serlo, no tienen acceso a la casación.

Sólo una resolución de las consultadas cuestiona la existencia de un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos menores. El Auto de 7 de abril de 1994 de la Audiencia Provincial de Segovia

⁴³ STS 11-6-1996, FJ 6.º (Ar. 1996/4756).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ STS 23-11-1999, FJ 2.º (Ar. 1999/8278).

⁴⁶ Ar. 1994/2728.

⁴⁷ *Vid.* apartado III.

⁴⁸ STS 17-9-1996, FJ 2.º (Ar. 1996/6722).

⁴⁹ En adelante. SAP.

via dice: «*De ahí que el artículo 160.2.º establezca no tanto una positiva atribución de derechos como una negativa prohibición de lo que pudiera considerarse un abusivo ejercicio de facultades de la patria potestad por parte de quien es titular de la misma, pues no otra cosa representa el impedir sin justa causa la relación personal del hijo con parientes y allegados*»⁵⁰.

Hay sentencias que, además de al «interés del menor» –justificación última de la relación entre el menor y sus abuelos– apelan al «*principio de buena fe y tolerancia*» que debe regular la relación entre los abuelos y los padres del menor⁵¹.

De la gran mayoría de las resoluciones analizadas se desprende además que se han recabado dictámenes de especialistas (psicólogos, educadores, servicios sociales del Ayuntamiento en que los menores residen, etc.)⁵² y que se ha dado audiencia al menor⁵³.

4. Pero si verdaderamente interesan las resoluciones de las Audiencias Provinciales es porque permiten conocer el criterio de los órganos judiciales a la hora de valorar que sea la «justa causa» del artículo 160.2 CC, cuestión de hecho que –como ya se ha dicho– no puede acceder a la casación. Así, la SAP Segovia de 23 de mayo de 1996 al rechazar como «justa causa» para impedir las relaciones del menor con sus abuelos maternos la «*conducta irregular o perniciosa de los familiares que interesan el reconocimiento de tal derecho*» enumera en su FJ 1.º otras circunstancias que pueden justificar la cesación o negación del régimen de visitas pretendido. Estas circunstancias pueden tener su origen «*[...] bien el alto grado de conflictividad existente entre los progenitores y los parientes que interesan relacionarse con los menores si el mismo puede llegar a afectar negativamente en (sic) las criaturas, bien en el propio estado psicológico de los niños que determine un riesgo de desestabilización importante o una perturbación anímica que pueda incidir en el desenvolvimiento de su vida afectiva y en el normal desarrollo de su personalidad*»⁵⁴. Situación, esta segunda, que la Audiencia aprecia en el caso. La SAP de Lleida de 28 de febrero de 2000 descarta en su FJ 4.º que las «*tensas relaciones familiares*» constituyan «justa causa» para suspender el derecho de relación de que venimos tratando y ello porque «*toda la doctrina*

⁵⁰ Auto AP Segovia 7-4-1994, FJ 1.º (Ar. 1994/615).

⁵¹ SAP Toledo 3-6-1994, FJ 1.º, *in fine* (Base de Datos Jurisprudencia El Derecho 1994/7522).

⁵² SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721) y SAP Lleida (Sección 1.ª) 28-2-2000, FJ 4.º (Ar. 2000/767).

⁵³ SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721) y SAP Lleida (Sección 1.ª) 28-2-2000, FJ 5.º (Ar. 2000/767).

⁵⁴ SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721).

jurisprudencial sobre esta cuestión parte de una interpretación restrictiva del motivo de oposición». Razón por la que «no es posible llegar a afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre —que son, respectivamente, madre e hija— puedan ser motivo suficiente para anular aquel derecho»⁵⁵. En la misma línea, la SAP Barcelona de 14 de septiembre de 2000 rechaza que «una situación de tirantez entre ambas familias y la constatación de dos discusiones entre la hermana y la madre de la demandada, con ocasión precisamente del intento de los abuelos de visitar a los nietos» justifique la privación del derecho de éstos a las relaciones personales con sus nietos menores⁵⁶.

5. En general, las Audiencias Provinciales muestran gran moderación y un estilo conciliador, exhortando a las partes en conflicto a la responsabilidad⁵⁷, a que resuelvan sus desavenencias por la vía del acuerdo⁵⁸ y recomendando, allí donde es posible, el recurso a la mediación⁵⁹.

6. Finalmente, una apreciación respecto de las sentencias de las Audiencias Provinciales de Lleida y Barcelona consideradas. Por razón de la vecindad civil de los litigantes, ambas resoluciones aplican Derecho civil catalán, concretamente el artículo 135.2 del Código de Familia de Cataluña⁶⁰ que, sobrepasando el planteamiento del Código Civil, reconoce no sólo el derecho de los abuelos —a los que menciona expresamente— a relacionarse con sus nietos sino que obliga a los padres a facilitar esta relación. El precepto dice textualmente:

«El padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los parientes, especialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas y sólo la pueden impedir cuando exista justa causa.»

⁵⁵ Ar. 2000/767.

⁵⁶ SAP Barcelona 14-9-2000 (Sección 12.ª), FJ 2.º (Ar. 2000/1736).

⁵⁷ «[...] y llamando incluso la atención de los padres y de los abuelos para que mediten en relación con sus posibles responsabilidades [...]» SAP Segovia 23-5-1996, FJ 1.º (BDJ El Derecho 1996/4721). «[...] debiendo todos deponer su encono para que tengan lugar en un clima de distensión y normalidad (se refiere el Auto a los “contactos breves y periódicos” que decreta).» Auto SAP Asturias (Sección 4.ª) 19-1-1998, FJ 4.º (Ar. 1998/2969).

⁵⁸ «Aunque lo ideal hubiera sido que las partes tendiesen a aproximarse por la vía del diálogo.» SAP Toledo 3-6-1994, FJ 1.º (BJ El Derecho 1994/7522).

⁵⁹ «En cualquier caso, este régimen debe entenderse igualmente aplicable sin perjuicio de los acuerdos particulares que en su caso puedan alcanzar los ahora litigantes, ya sea por sí mismos o mediante la intervención o mediación de los servicios psicosociales en caso de solicitarse su actuación, pues resulta indudable que el mejor modo de cumplirlos pasa por la voluntariedad manifestada en convenios que alcancen directamente los interesados, pues de este modo se evitan las innecesarias tensiones que puedan repercutir en el menor.» SAP Lleida (Sección 1.ª) 28-2-2000, FJ 5.º (Ar. 2000/767).

⁶⁰ Ley 9/1998, de 15 de julio (Parlamento de Cataluña), del Código de Familia. BOE núm. 198, de fecha 19 de agosto de 1998.

III. PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Esta exposición quedaría incompleta si no abordase una reciente iniciativa parlamentaria que tiende a precisar y reforzar la posición de los abuelos frente a sus nietos. Me refiero a la moción presentada por el Grupo Popular en el Senado que, tras una enmienda transaccional y con el apoyo de todos los grupos de la Cámara, fue aprobada el 30 de mayo de 2000. Su texto definitivo dice así:

«El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos.

Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que en el ámbito de la anterior reforma aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones con los hijos, en caso de ruptura familiar, con los demás parientes y allegados»⁶¹.

2. La moción tiene su origen en una Proposición no de Ley, presentada en la VI Legislatura por el Grupo Popular para su debate en el Pleno del Congreso⁶². La Proposición fue debatida el 14 de diciembre de 1999, aprobándose por 294 votos a favor y 13 abstenciones⁶³. El final de la legislatura, debido a la convocatoria de elecciones generales, supuso la caducidad de la iniciativa. La Diputada proponente, María José Mora Devis, Senadora por Valencia en la VII Legislatura, abogada y buena conocedora del problema a través de su experiencia profesional, volvió a presentar bajo la forma de moción la Proposición no de Ley anteriormente caducada para su debate en el Pleno del Senado. Su texto inicial decía:

«El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continúen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas»⁶⁴.

⁶¹ *BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales)*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000. Para el debate y aprobación, *vid. DS (Diario de Sesiones)*, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, pp. 134 y ss. Agradezco a la Senadora del Grupo Popular doña María José Mora Devis (autora de la moción y Diputada en la VI Legislatura) su amabilidad al proporcionarme una valiosa información sobre lo ocurrido en el Congreso y el Senado.

⁶² *BOCG*, serie D, núm. 516, de fecha 7 de diciembre de 1999.

⁶³ *DSCD (Diario de Sesiones Congreso de los Diputados)*, Pleno y Diputación Permanente, núm. 280, de fecha 14 de diciembre 1999, p. 15091.

⁶⁴ *BOCD (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados)*, serie I, núm. 19, de fecha 29 de mayo de 2000.

3. ¿En qué fundamentos se apoya la moción? En primer lugar, en el artículo 39 de la Constitución española en cuanto establece el mandato para los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este contexto, los hijos menores se contemplan como objeto de una especial protección y muy particularmente en caso de ruptura matrimonial dada su vulnerabilidad. Los poderes públicos deben, en estos casos, velar por la protección del menor asegurándole «la preservación de un ámbito adecuado de educación y desarrollo». En consecuencia, «uno de los factores que debe ser objeto de atención prioritaria es la estabilidad afectiva del menor, dentro de un espacio de socialización adecuado». En ese espacio de socialización –se dice– no sólo se contemplan las relaciones paterno-filiales, que no agotan el ámbito familiar, pues como señala el artículo 160 CC también existen otras relaciones con parientes y allegados que, «en interés del menor, pueden y deben ser objeto de regulación en los casos de ruptura matrimonial».

En segundo término, la moción se justifica aduciendo la *insatisfactoria regulación de esas otras relaciones– con parientes y allegados* –por dos razones diversas y complementarias: de una parte, debe prestarse más atención a la relación de los nietos con los abuelos «sin que quepa incluirlos dentro del ámbito genérico de los allegados y demás parientes de acuerdo con la importancia sociológica que la consideración de los abuelos guarda en relación con sus descendientes, y de los elementos positivos de estabilidad que pueden aportar éstos a la educación del menor, por encima y más allá de la situación de ruptura de la pareja»; de otra, «la autoridad moral de los mayores puede contrarrestar las situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores proporcionando los referentes necesarios y seguros al menor en su propio entorno, pudiendo servir, en consecuencia, para neutralizar aquellos sentimientos negativos, entorpecedores del normal desenvolvimiento de la afectividad del menor».

La fundamentación concluye con una afirmación rotunda: «no es adecuado ni procedente el régimen legal previsto para la preservación de las relaciones entre los abuelos y los nietos en caso de ruptura familiar, y... el legislador debiera prever un sistema singular, más explícito y reforzado, que supere la posición meramente adhesiva y secundaria que la actual regulación depara a este caso». Se destaca también que no pretende la iniciativa limitar la discrecionalidad del órgano jurisdiccional al valorar cada caso desde la perspectiva del menor, antes bien, «se trata de poner de relieve un punto de atención necesario en el establecimiento de medidas adecuadas

al interés de aquél, evitando que por la pasividad procesal de algunas partes, el desinterés de los progenitores, o la propia inercia de los poderes públicos puedan lesionarse elementos positivos de socialización y educación del menor en el ámbito familiar».

4. El Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés presentó una enmienda proponiendo la supresión de la referencia al dictamen de especialistas y extendiendo su alcance, más allá de los abuelos –a los que se mencionaba explícitamente– a «otros parientes y allegados»⁶⁵. Con el propósito de alcanzar un consenso previo al debate, el Grupo Popular promovió las conversaciones necesarias para llegar a una enmienda transaccional, que se presentó –suscrita por todos los grupos parlamentarios con representación en el Senado– en los términos en que después fue aprobada⁶⁶.

5. El debate de la moción en el Pleno del Senado ofrece aspectos de gran interés con cuatro intervenciones –hubo algunas más– destacables por su contenido. Por el Grupo Popular intervino la Senadora Mora Devis señalando que no se trataba tanto de reformar el artículo 160 CC como de proporcionar seguridad a los menores y de evitar la judicialización de la relación de afectividad que une a los nietos con los abuelos. Se trata –dijo– «de que los poderes públicos, en cumplimiento del artículo 39.2 de la Constitución⁶⁷, realmente aseguren a los niños su derecho de relación de afectividad con sus abuelos, pero –¡ojo!– desde el mismo instante de la declaración de separación matrimonial; ése es el instante de crisis: ahí precisamente es donde debemos estar y ahí está el fundamento de esta moción»⁶⁸. El Senador Molas i Batllori, del Grupo Parlamentario de la Entesa Catalana de Progrés, manifestó su posi-

⁶⁵ Enmienda del GPECP: «El Senado insta al Gobierno a que en plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule de forma singular, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales con sus abuelos, además de con otros parientes y allegados.» *BOCG*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000.

⁶⁶ Propuesta de modificación presentada por los Grupos Parlamentarios Popular en el Senado, Socialista, de Senadores Socialistas Vascos, Catalán en el Senado de Convergencia i Unio, Entesa Catalana de Progrés, de Senadores de Coalición Canaria y Mixto: «El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos. Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que en el ámbito de la anterior reforma aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones de los hijos, en caso de ruptura familiar, con los demás parientes y allegados.» *BOCG*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000.

⁶⁷ El artículo 39.2 de la Constitución española dice: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.»

⁶⁸ *DS*, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 136.

ción favorable a la moción –una vez acogida la enmienda de su grupo– y señaló la necesidad de que se reconociera jurídicamente, con el tratamiento especial que se proponía, la aportación de los abuelos a la familia en términos de solidaridad, mantenimiento y equilibrio⁶⁹. La Senadora Etxegoyen Gaztelumendi del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos puso de relieve la relativa importancia de la moción en cuanto que lo esencial sería su instrumentación técnica y normativa: «me da la sensación de que a nosotros y a nuestros compañeros en el Congreso de los Diputados nos va a tocar trabajar una vez que tengamos el texto del anteproyecto o el proyecto de ley a este respecto»⁷⁰. Particularmente acertada fue la intervención del Senador Capdevila i Bas del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, quien precisó que no debía hablarse tanto del derecho de los abuelos a relacionarse con el menor como del «derecho del menor a relacionarse con los abuelos». Debería garantizarse además de manera expresa la audiencia del menor (exigida por el art. 9 de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero) y recabar el dictamen de especialistas (reclamado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo). Por último, señaló la pertinencia del artículo 160 CC, para terminar fijando el sentido y alcance de la moción que se debatía: «el regular este tema dentro del campo de la crisis y ruptura de pareja y establecer con mayor concreción estas medidas tiene por objeto que el juez pueda adoptarlas con las demás, al inicio de cualquier procedimiento, para que puedan ejercitarse precisamente en el mismo momento que aquéllas y, sobre todo, que no ocurra lo que ha dicho la Senadora Mora: que se entable un procedimiento declarativo que se resuelva transcurridos varios años, normalmente tras siete u ocho años de pleitear»⁷¹.

Finalizado el debate, el Vicepresidente de la Cámara dio lectura a la propuesta de modificación firmada por los portavoces de los Grupos Parlamentarios que sustituía a la moción original y preguntó si podía entenderse aprobada por asentimiento. Hubo asentimiento y la moción quedó aprobada⁷².

6. Aunque es pronto para establecer conclusiones, la moción parece seguir la tendencia que se instaura en el ordenamiento español con la reforma en 1990 del artículo 93 CC⁷³. Al precepto se le

⁶⁹ DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, pp. 136-137.

⁷⁰ DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 139.

⁷¹ DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 140.

⁷² DS, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 142; *BOCG*, serie I, núm. 21, de fecha 5 de junio de 2000.

⁷³ Realizada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. El artículo 93 CC dice:

añadió un segundo párrafo que abrió la posibilidad de ventilar en el proceso matrimonial de los progenitores la reclamación de alimentos de los hijos mayores de edad o emancipados carentes de ingresos propios, evitando así nuevos litigios y enfrentamientos familiares⁷⁴.

A la espera de conocer el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil –todavía en fase de elaboración por el Ministerio de Justicia– y sin adelantar soluciones concretas que la moción no ha querido precisar, parece sin embargo que según su tenor:

- Se mantendrá el artículo 160 CC, definitorio del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, que jugará sobre todo en caso de fallecimiento de uno de los progenitores del menor. No puede descartarse alguna modificación en su texto para coordinar su dicción con la reforma propuesta.
- Dado que, con el propósito de evitar litigios, será necesario determinar en el proceso de separación o divorcio de los progenitores el régimen de las relaciones entre abuelos y nietos menores de edad, sufrirán modificación los artículos 90 y 103 CC. El artículo 90 CC regula el contenido mínimo del convenio regulador, que es preceptivo para la tramitación de demandas de separación o divorcio solicitados por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. De lo que se trata es de incluir en ese contenido inexcusable el régimen de las relaciones entre los nietos menores y los abuelos. El artículo 103 CC enumera las medidas que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio y a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el juez deberá adoptar. De acuerdo con la finalidad de la reforma será preciso introducir una nueva medida dirigida a establecer –si procede– y regular el régimen de la relación entre abuelos y nietos.

«El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.»

⁷⁴ Para una visión de conjunto de la reforma, *vid.* GAYA SICILIA, «Crisis matrimoniales y alimentos de los hijos mayores de edad», en *Familie und Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder, Universitätsverlag (Freiburg Schweiz, 1995), pp. 273-288. Con mayor profundidad y perspectiva de tiempo, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Régimen jurídico de los alimentos de los hijos mayores de edad (Estudio del art. 93.2 del Código Civil)* (Valencia, 1999). Pero recordemos el cúmulo de problemas, procesales sobre todo, a que la reforma dio lugar. Uno de ellos, el de la legitimación activa para reclamar los alimentos, ha sido recientemente resuelto por la STS 24-4-2000 (Ar. 2000/3378). Esperemos que la reforma en trámite se haga con más rigor.

- Por imperativo del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁵, del artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor⁷⁶, en concordancia con los artículo 92 CC y 770.4 y 777.5 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, y teniendo en cuenta una praxis jurisprudencial consolidada, convendrá que la proyectada reforma contemple expresamente la audiencia del menor en el proceso matrimonial en que se decida sobre la relación de éste con sus abuelos.
- La salvaguarda del interés superior del menor (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño)⁷⁷ así como el criterio del «beneficio de los hijos» (art. 154 CC) aconsejan la expresa mención del dictamen de especialistas –tal y como hace el art. 92 CC– con el que se deberá contar para determinar si es conveniente y en qué medida los abuelos se relacionen con el menor. Con ello no se haría más que normativizar una práctica ya instaurada en este tipo de procesos: no se olvide que, según lo que manifiestan las sentencias consideradas, el recurso a médicos, psicólogos, educadores y trabajadores sociales es algo habitual.
- Se imponen también cambios desde el punto de vista procesal. Tras la reforma procederá acudir al proceso especial de

⁷⁵ Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, *BOE* núm. 131, de fecha 31 de diciembre de 1990): «1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

⁷⁶ Artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: «1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercer este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.»

⁷⁷ «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

los artículos 769 a 777 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, modificándose además la posición de los abuelos, que de actores pasarán a ser terceros a los que habrá que llevar al proceso.

7. Finalmente, no pueden obviarse las consecuencias de esta reforma desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo. La Senadora Mora Devis, en su intervención en el Pleno del Senado, ya había manifestado –con cita del número 34 del apartado VI de los Acuerdos adoptados en el Consejo Europeo de Tampere (15-16 de octubre de 1999)⁷⁸– que la reforma que proponía, además de ser pionera en Europa, supondría que «el derecho de visitas de los niños con sus abuelos tendrá cumplimiento efectivo e instantáneo en todos los países de Europa»⁷⁹. Los acontecimientos posteriores han venido a darle la razón pues, en efecto, el pasado 1 de marzo de este año de 2001 entraba en vigor el Reglamento (CE) número 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁸⁰. El Reglamento –conocido como «Reglamento Bruselas II»– es consecuencia de la comunitarización del Derecho internacional privado que se está produciendo tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y, en particular, como resultado de los artículos 61 *c*) y 65 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁸¹. El Reglamento es obligatorio para los países comunitarios –con la única excepción de Dinamarca– y no ha requerido acto

⁷⁸ Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Conclusiones de la Presidencia: VI. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. 34. «En materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución o sentencia en el Estado requerido. El primer paso ha de consistir en suprimir dichos procedimientos intermedios para los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y para determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares (por ejemplo, demandas de pensión alimenticia y derechos de visita). De ese modo, dichas resoluciones se reconocerían automáticamente en toda la Unión sin que se interpusieran procedimientos intermedios o motivos para denegar la ejecución. Ello podía ir acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del Derecho procesal civil.» Documento accesible en <http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/index.htm>.

⁷⁹ *DS*, Pleno, núm. 6, de fecha 30 de mayo de 2000, p. 136.

⁸⁰ *DOCE*, L, 160, de 30 de junio de 2000.

⁸¹ *DOCE*, C, 340 de 10-11-1997. Artículo 61: «A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: *c*) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65.» Artículo 65: «Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: *a*) mejorar y simplificar: ... el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales...»

alguno de incorporación al ordenamiento interno. Como señala en su Considerando (4) : «La disparidad entre determinadas normas nacionales en cuanto a competencia y reconocimiento hace más difícil la libre circulación de las personas así como el buen funcionamiento del mercado interior. Se justifica, por consiguiente, adoptar disposiciones mediante las que se unifiquen las normas de conflicto de jurisdicciones en las materias matrimoniales y de responsabilidad parental, simplificándose los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y automático de las resoluciones judiciales y de su ejecución». Estas disposiciones son las contenidas en el capítulo III del Reglamento («Reconocimiento y ejecución»).

Pero lo que aquí interesa es que el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos se verá afectado por la vigencia del Reglamento Bruselas II. Si, finalmente, la modificación del Código Civil propuesta se lleva a cabo, las sentencias españolas que pongan fin al proceso de separación o divorcio de los padres de un menor incluirán de modo necesario el régimen de la relación entre nietos y abuelos y en cuanto resoluciones judiciales en materia matrimonial serán reconocidas y ejecutivas en los países comunitarios en los términos del capítulo III del Reglamento Bruselas II⁸². Por donde resultará que el «sistema singular, más explícito y reforzado»⁸³ que se pedía al legislador para la relación abuelos-nietos quedará también robustecido en su dimensión territorial.

⁸² Sobre estas cuestiones, *vid.* ILLÁN FERNÁNDEZ, *Los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley 1/2000, de 7 de enero y el Reglamento Bruselas 1347/2000/CE, de 29 de mayo de 2000* (Pamplona, 2000), pp. 77-104.

⁸³ *BOCG*, serie I, núm. 19, de fecha 29 de mayo de 2000.

Los contratos ilegales en el *Common Law*

EDUARDO VÁZQUEZ DE CASTRO

Profesor Titular E. U.
Universidad de Cantabria (I)

SUMARIO: 1. *Precisiones terminológicas.*—2. *Aspectos generales del Common Law (Statutes-Caselaw).*—3. *Clasificaciones usuales de los contratos ilegales en el Common Law:* 3.1 Introducción. 3.2 Contratos contrarios al derecho positivo, a la moral y a las buenas costumbres y al orden público. 3.3 Contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*. 3.4 Contratos ilegales en su formación y contratos ilegales en su realización. 3.5 Contratos con ilegalidad objetiva y contratos con ilegalidad subjetiva. 3.6 Contratos ilegales, *void*, *voidable* y *unenforceable*: 3.6.1 Aspectos generales. 3.6.2 Principales diferencias en los regímenes jurídicos: *Void contracts* e *Illegal contracts*.—4. *Peculiaridades del Derecho Estadounidense.*—5. *Tratamiento general de la ilegalidad contractual en el Common Law:* 5.1 Introducción. 5.2 Causa Ilícita *versus Public Policy*: 5.2.1 Dos conceptos diferentes: causa y *consideration*. 5.2.2 Causa, *consideration* y *Public Policy*. 5.3 Principios generales del *Common Law* respecto a los efectos del contrato ilegal: 5.3.1 *Ex turpi causa non oritur actio*. 5.3.2 El otro punto de partida de una discusión sobre la ilegalidad es la máxima *in pari delicto potior est conditio defendentis*. 5.3.3 Restitución o remuneración restitutoria cuando las partes no están en *Pari delicto*. 5.4 Casos en los que se admite que puedan prosperar pretensiones en base a un contrato ilegal: 5.4.1 Introducción. 5.4.2 Ignorancia de hechos y leyes. 5.4.3 Contrato ilegal en virtud de un propósito o una finalidad ilícitos de los cuales sólo una de las partes es culpable. 5.4.4 Cuando ambas partes no se encuentran en *Pari delicto*, porque algunas leyes (*Statutes*) están diseñados para proteger a un colectivo de personas frente a otras. 5.4.5 Los contratos laborales o de obra o de arrendamiento de servicios. 5.4.6 *Severance* (nulidad parcial). 5.4.7 Interpretación de propósitos y reforma judicial. 5.4.8 Arrepentimiento-*Locus poenitentiae*. 5.4.9 Ilegalidad por causa remota-contratos colaterales. 5.5 Efectos de los *Statutes* que exigen licencias o autorizaciones. 5.6 El cambio de la Ley o de la coyuntura después que el contrato ha sido celebrado.—6. *El Common Law como ordenamiento jurídico eminentemente liberal.*—7. *Conclusión. Variedades y grados de ilegalidad, con variaciones en los efectos legales.*

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

En primer lugar, conviene hacer una matización en cuanto a la nomenclatura que usamos. En lo que se ha venido denominando derecho comparado la terminología usada por los autores que se han ocupado de realizar los estudios y análisis comparativos entre ordenamientos jurídicos ha variado dependiendo de su nacionalidad. Es decir, la terminología varía dependiendo del punto de vista desde el cual se posiciona la persona que realiza la comparación. En un principio, cuando el contraste de sistemas jurídicos provenía de autores europeos se distinguía entre el Derecho inglés y el Derecho continental. Cuando la comparación se hacía desde autores pertenecientes al Reino Unido podíamos encontrar hasta cinco expresiones: *English law*, *Common Law*, *Continental Law*, *Roman Law* y *Civil Law*¹.

Este continuo diálogo y comparación recíproca entre estos dos sistemas jurídicos occidentales dio lugar a su agrupación en dos «familias» que se vinieron a denominar genéricamente *Civil law* y *Common law*.

Castán, al clasificar los grandes sistemas jurídicos de cultura occidental, lo hace en tres grandes sistemas: sistemas de filiación romano-cristiana, sistemas de filiación anglosajona y sistemas escandinavos. Cuando se refiere al sistema de filiación anglosajona se refiere al Derecho común inglés o Derecho angloamericano².

Está claro que al heredar Estados Unidos o Norteamérica, más genéricamente, el sistema del *Common Law* el contraste y diálogo entre el *Civil Law* y *Common Law* se mundializa y adquiere extraordinaria relevancia³. Se trata de comparar los sistemas jurídicos de la mayoría de los países de cultura occidental que mayor desarrollo han adquirido.

No es óbice realizar este tipo de comparaciones para que se tengan en cuenta peculiaridades de concretos ordenamientos jurídicos nacionales. En realidad, actualmente existe una corriente europeizante que trata de unificar criterios para llegar a un Derecho privado europeo común. Aunque para ello se cuenten con numerosas trabas, sobre todo provenientes de las tendencias que podríamos denominar nacionalistas. Una tentativa por acercar el Derecho

¹ GORLA, G., *Il diritto comparato e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»* [relazione del congresso], Milano, 1983, p. 501.

² CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 18.

³ GORLA, G., *Il diritto comparato e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»*: [relazione del congresso], Milano, 1983, p. 508.

Inglés al resto de los Derechos europeos se encuentra por ejemplo en el Proyecto de *Contract Code*, redactado por Harvey McGregor por encargo de la Law Comisión inglesa⁴. Por otro lado, no podemos pasar por alto que la tendencia actual del *Civil Law* es hacia lo que se ha dado en describir como la descodificación y constitucionalización⁵, con lo que estos ordenamientos jurídicos han sido permeables y se han adaptado a unas necesidades comunes a todos los sistemas legales o tradiciones jurídicas occidentales⁶.

Cuando nosotros hablamos de derecho del *Common Law* lo hacemos queriendo referirnos, fundamentalmente, a los sistemas jurídico inglés y estadounidense. Normalmente analizaremos el Derecho inglés, como base, para luego apuntar alguna peculiaridad del Derecho estadounidense. Podríamos también referirnos por tanto a él como Derecho angloamericano. Preferimos, sin embargo, usar en general el término *Common Law* para contraponerlo con el también genérico de *Civil Law*, aunque sobre este último nosotros nos hemos ocupado fundamentalmente del Derecho continental europeo codificado, deudor del Derecho romano.

Tenemos que advertir que el término *Common Law* puede ser polisémico, puesto que dentro del sistema jurídico inglés también sirve para designar al tradicional derecho jurisprudencial del precedente (*Case-law*) y se puede contraponer al Derecho legislado (*Statute Law*). Aunque por el contexto se puede elucidar, en cada momento, a qué sentido del término *Common Law* nos estamos refiriendo trataremos de clarificarlo expresamente.

Normalmente nos referimos al *Common Law* en sentido estricto (*Case-Law*) o Derecho tradicional, fundamentalmente jurisprudencial, sólo cuando lo contraponemos al *Statute Law* o Derecho legislado. En cambio, cuando se contrapone al *Civil Law* este término se usa de forma amplia y genérica para referirse al sistema que se desarrolla en Gran Bretaña (salvo las peculiaridades del Derecho escocés) y después se extiende, de forma dominante, a los Estados Unidos de América (a excepción de Luisiana); Canadá (excepto Quebec), Australia, Nueva Zelanda y antiguas colonias británicas tanto en Asia como en África⁷.

⁴ Proyecto recientemente traducido al castellano por los profesores De la Cuesta Saenz, J. M., y Vattier Fuenzalida, C., Barcelona, 1997.

⁵ IRTI, N., *La edad de la descodificación*, trad. L. Rojo Ajuria, Barcelona, 1992.

⁶ MERRYMAN, J. H., *The Civil Law tradition*, 2.ª ed., California, 1987, p. 151.

⁷ GORLA, G., *El contrato*, I, trad. J. Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959, p. 375; DEKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, trad. F. J., Osset, Madrid, 1957, p. 280. Podemos observar gráficamente un mapa de los países con ordenamientos jurídicos de influen-

En este sentido, resulta más propia la denominación del sistema como *Common Law* que como *English Law* o Derecho inglés. En realidad, el Derecho inglés sólo se puede extender al utilizado en Inglaterra y Gales. No se extendería ni a toda Gran Bretaña o Reino Unido, ni mucho menos a los países de la *Common Wealth*. El Derecho escocés es un Derecho de los que podríamos denominar mixto puesto que en él se halla vigente, en parte, el *Civil Law*⁸. Pese a que el Derecho inglés no sea el que se aplica exactamente en todos estos países, cargados de cierto mestizaje jurídico, no se puede negar que todos adoptan un mismo sistema análogo al del Derecho inglés que siempre toman como referencia. Quizá se puede aquí destacar la peculiaridad del Estado de Luisiana que cuenta con una fuerte influencia del Derecho civil codificado francés. No en vano, el Código Civil de Luisiana que data de 1814 fue el primero de todo el continente americano.

¿Por qué no utilizamos el ya generalizado término de Derecho anglosajón para referirnos al derecho de influencia británica? No vemos tampoco demasiados inconvenientes en llamar convencionalmente «Derecho anglosajón» a los ordenamientos jurídicos que utilizan este peculiar sistema jurídico. Sin embargo, nos inclinamos por la expresión *Common Law* en lugar del término Derecho anglosajón tan utilizado por la doctrina española y que entre nosotros parece no plantear ningún tipo de confusión. La razón de esta preferencia no es caprichosa, estriba en que la denominación de Derecho anglosajón «*anglo-saxon law*», en sentido riguroso, se refiere a un derecho histórico que le hace impropio para la designación que pretendemos. En realidad, el Derecho Anglosajón en sentido estricto se refiere al derecho primitivo que existía en Inglaterra y se mantenía ajeno a cualquier tipo de influencia del derecho romano. El Derecho Anglosajón sería un Derecho consuetudinario heterogéneo e incompleto con normas diversas para los distintos pueblos y comunidades (sajones, anglos y daneses) que habitaban Inglaterra desde el siglo v hasta el año 1066 d. C.⁹ A partir de este año se fusionan dos naciones, las de los anglosajones y normandos, en un solo país inglés. En Inglaterra se desarrolló un Derecho territorial mucho más temprano que en otros países, el *Common Law*, que se

cia «*Common Law*» y de lo de influencia «*Civil Law*» en la obra de GALGANO, F., y otros, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, pp. 2 y 3.

⁸ GLENDON, M. A.; GORDON, M. W.; OSAKWE, O., *Comparative Legal Traditions*, St. Pablo, Minnesota, 1982, pp. 159-160.

⁹ Sobre el particular derecho anglosajón, *vid.* DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del derecho Inglés*, Valladolid, 1992, pp. 45 y 49-54; GORLA, G., *El contrato*, I, trad. J. Ferrandis, Barcelona, 1959, p. 375.

creó para la totalidad del reino del Inglaterra. Este Derecho fue desarrollado y aplicado por los tribunales reales desde el siglo XII y fue mostrado y comentado en trabajos jurídicos ¹⁰.

Referirse en general, desde la óptica de un jurista español, al Derecho británico y los creados por su influencia como «Derecho anglosajón» no da lugar a equívocos pero no deja de ser inapropiado. Resulta como si al ordenamiento jurídico español se le designase como Derecho visigótico (salvando las distancias). Por otro lado, el término *Civil Law* es el utilizado por estos países del *Common Law* para referirse a aquellos de influencia romana que en su evolución desembocaron en la codificación y, ciertamente, también resulta más apropiado que su denominación como Derecho continental ¹¹.

2. ASPECTOS GENERALES DEL *COMMON LAW* (*STATUTES-CASE-LAW*)

Las peculiaridades del Derecho del *Common Law* comienzan en la evolución histórica del Derecho inglés. Se puede afirmar que desde la formación del *Common Law* este Derecho se ha caracterizado por su continuidad histórica. No hubo una ruptura en el desarrollo del Derecho inglés comparable con el causado por la codificación en el *ius commune* del Derecho continental europeo ¹².

Resulta especialmente interesante analizar el tratamiento que ofrecen los sistemas del *Common Law* a la ilegalidad porque pese a las diferencias técnicas, de construcción jurídica, de método y de interpretación, el derecho angloamericano tiende a obtener los mismos resultados que el nuestro ¹³. Es decir, tenemos un problema común con resultados similares pero con planteamientos realizados desde ópticas muy diferentes que, una vez analizadas, enriquecen y facilitan enormemente su comprensión.

No puede pasar inadvertido el hecho de que tanto el Derecho inglés como, quizá en menor medida, el Derecho estadounidense,

¹⁰ Sobre la gestación histórica del *Common Law* puede consultarse VAN CAENEGEM, R. C., *Historia del nacimiento del Common Law*, trad. J. L. Moreno Torres, Madrid, 1998; DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del derecho Inglés*, Valladolid, 1992, pp. 55-87.

¹¹ GORLA, G., *El contrato...*, cit., p. 15; GLENDON, M. A.; GORDON, M. W.; OSAKWE, O., *Comparative Legal Traditions*, St. Pablo, Minnesota, 1982, p. 144.

¹² VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, p. 3.

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 81; DEKKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, trad. F. J. Osset, Madrid, 1957, p. 181.

fieles a la doctrina del precedente, son tradicionalmente reacios al intervencionismo estatal. Por esta razón, los tribunales suelen mirar con cierto recelo las políticas económicas y sociales que se presentan mediante un acopio de textos legales positivos (*Statutes*). En cuanto a la relación de convivencia del Derecho legislado (*Statutes*) y del Derecho tradicional del precedente (*Common Law* o *Case-Law*) se puede decir que tan sólo en el siglo XIX los jueces han reconocido la primacía del *Statute* y han abandonado expresamente cualquier pretensión de controlar la validez de los *Statutes* con relación a los principios generales del *Common Law*. Aunque todavía en el *Case-Law* se han tomado, algunas veces, sorprendentes libertades en la aplicación de *Statutes* cuyo texto parecía claro. De hecho, es todavía ampliamente sostenida la idea de que el *Statute* constituye una especie de derogación del *Common Law* y debe ser interpretado restrictivamente, como si el *Common Law* fuese la regla y el *Statute* la excepción¹⁴.

Ciertamente, no venía siendo una carga demasiado inusitada o complicada para un juez inglés decidir qué era o no era contrario al derecho positivo o a la moral conforme a la tradición, sobre todo en el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Pero cuando comienza a tener que tomar en consideración las ventajas o desventajas para la comunidad de las concurrentes políticas sociales y económicas que aparecen en las nuevas y prolijas decisiones legales, la tarea de los jueces se vuelve más compleja y difícil¹⁵.

Desde principios del siglo XIX el sistema sufre profundas transformaciones. El viejo y esquivo *Common Law* es reemplazado por claros y precisos *Statutes*. En este momento hay una influencia en la teoría, no en la práctica, del derecho inglés de los principios del Derecho romano continental. Son determinantes las obras de J. Bentham (1748-1832) adversario del *Common Law* y paladín de la codificación del Derecho privado inglés y las de J. Austin (1789-1859) siguiendo esta misma línea¹⁶.

En este momento, el legislativo trata de poner orden y aclarar la extraordinaria profusión de *Statutes* que se han promulgado sin coordinación alguna desde la Edad Media. Una comisión de la Cámara de los Comunes calculó en 1796 que un millar de *Statutes*, que ya no eran aplicados, estaban aún legalmente vigentes. Con la

¹⁴ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, p. 160.

¹⁵ HUGHES PARRY, D., *The sanctity of contracts*, Londres, reedición de 1986 de la publicación original de 1959, p. 54.

¹⁶ KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p. 315.

relativa democratización de la Cámara de los Comunes (*Reform Act* de 1832) se hizo un considerable esfuerzo por derogar muchos *Statutes* e instituciones que estaban obsoletos y establecer una verdadera colección moderna de *Statutes* vigentes, con gran oposición de los conservadores. Finalmente, se permitió la compilación de un vasto repertorio de *Statutes* que se hallaban vigentes. El gran volumen de éstos se apreció cuando, una vez se lograron reunir todos, se formó una colección oficial no menor de ocho tomos. Esta colección oficial realizada en 1870 supuso el punto de partida de una ulterior revisión más exhaustiva que continuó en el siglo xx. La tercera edición de la revisión de *Statutes* (1950), lejos de reducir el volumen de la colección, lo aumentó hasta 32 tomos. Muchos *Statutes* antiguos fueron derogados, pero muchos fueron conservados acumulándose junto a los más recientes y el *old law* nunca fue totalmente abolido¹⁷.

Obviamente, el trabajo del parlamento inglés no fue sólo el de derogar *Statutes* anticuados sino que también produjo resultados positivos. Se comenzó la reforma del Derecho civil en una escala mucho más modesta que la realizada con el Derecho procesal o penal. La nueva legislación civil sólo acometió la reforma de ciertas áreas específicas que habían suscitado la atención pública¹⁸. Hasta la creación en 1965 de la *Law Commission* no fue tomada ninguna iniciativa oficial hacia la codificación del Derecho Civil inglés. La práctica del Derecho en Inglaterra está marcada por la carencia de codificación. Las reglas y principios del Derecho inglés todavía han de ser encontradas en más de tres mil Acts of Parliament retrocediendo hasta la primera mitad del siglo xix y en alrededor de trescientos cincuenta mil Reported Cases¹⁹.

Lo cierto es que si comparamos la evolución de los sistemas jurídicos del *Common Law* y del *Civil Law* podemos apreciar que caminan hacia una cierta convergencia. En la actualidad los países de *Common Law* tienden hacia una proliferación de las leyes escritas, que además van a obtener cada vez mayor relevancia, mientras que en los países de *Civil Law* se va a potenciar, cada vez más, la función de la jurisprudencia en la conformación de su ordenamiento jurídico²⁰.

¹⁷ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, pp. 161-162.

¹⁸ Estos incipientes movimientos legislativos se traducen en 1870 y 1882 en leyes para evitar ciertas discriminaciones a la mujer, en 1869 la abolición de la prisión por deudas, en 1882 la Bills of exchange Act, 1890 Partnership Act, 1893 Sales of Good Act, etc.

¹⁹ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, 1992, pp. 163 y 165.

²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2.ª ed. Madrid, 1957, p. 89.

En lo que a la ilegalidad contractual se refiere, el Derecho británico y estadounidense en sus clasificaciones y exposiciones del derecho contractual siempre incluyen como una importante categoría independiente la de *Illegal contracts*, lo cual merece una especial atención por nuestra parte.

No todos los autores van a entender lo mismo por lo que ellos denominan *Illegal contracts*. Comenzando por la sistemática utilizada por los autores más relevantes, hemos de observar que no todos van a seguir exactamente las mismas pautas en cuanto a diferenciar cada tipo de contrato ilegal. Sin embargo, como se observará, todos ellos parten de una amplia y contrastada visión casuística de la que inducen los criterios de clasificación de los contratos.

Si observamos el sistema seguido por el *Common Law* nos encontramos ante un tratamiento individualizado de los problemas de ilegalidad dotándolos de cierta entidad y autonomía. Nos hallamos con que se aborda el análisis de la ilegalidad desde el casuismo característico en todo el Derecho angloamericano. Precisamente, en materia de ilegalidad contractual es donde este método tópico puede recibir mejor acogida. La falta de unidad de criterio no resulta inconveniente para el análisis y desarrollo de los problemas de ilegalidad contractual por parte de la doctrina del *Common Law*. Por esta razón, no resulta extraño que el tratamiento de esta situación contractual difiera de unos a otros autores a la hora de descender en la explicación de las clasificaciones y sistemática que proponen.

3. CLASIFICACIONES USUALES DE LOS CONTRATOS ILEGALES EN EL *COMMON LAW*

3.1 Introducción

Indudablemente, el casuismo que se emplea en todo el Derecho del *Common Law* lleva a una ulterior adopción de criterios de clasificación para englobar todos y cada uno de estos casos. Se trata de sistematizar y catalogar los casos haciéndoles encajar en las clasificaciones que previamente se han ido diseñando. Como ocurre en todo tipo de clasificaciones variarán según los criterios que se elijan para establecerlas. Al ser clasificaciones puramente convencionales, de una casuística inagotable, podemos encontrarnos numerosas clasificaciones diferentes.

Treitel expone algunas de las clasificaciones sistemáticas empleadas por los autores ingleses a la hora de dividir los casos en

los que los contratos se ven afectados por la ilegalidad²¹. La principal razón de las clasificaciones hechas por todos estos autores es el hacer posible una generalización de los efectos de los contratos ilegales. Podemos adelantar que es dudoso que se haya conseguido con éxito ni agotar todos supuestos ni generalizar sus soluciones.

3.2 Contratos contrarios al derecho positivo, a la moral y a las buenas costumbres y al orden público

Una primera clasificación, que es perfectamente asumible, es la que se basa en la naturaleza de la infracción y divide los contratos en contrarios al derecho positivo, a la moral o a las buenas costumbres y al orden público (*Public Policy*).

Esta primera y clásica clasificación es puramente ilustrativa y de carácter expositivo y tiene su origen en Sir Frederick Pollock quien ya advirtió que esta clasificación era «sólo aproximada». El principal problema era distinguir las dos últimas categorías, de tal forma que los contornos de ambas estaban bastante difusos. Por otro lado, la enorme amplitud y vaguedad de la categoría relativa al *Public Policy* podía incluir, perfectamente, a las otras dos²². Por esta razón otra de las posibles clasificaciones de los *Illegal contracts* sería contratos ilegales por contravenir un *Statute* y contratos ilegales por contravenir el *Public Policy*. Considerando como *Public Policy* un amplio conjunto de normas, tanto morales como de orden público, que en definitiva se va a reflejar o manifestar en las reglas del precedente o de la jurisprudencia, *Common Law* en sentido estricto²³.

Esta clasificación, tan familiar para nosotros (art. 1255 CC), tiene la ventaja de ser la de mayor claridad expositiva. En realidad, se limita a describir a qué se pueden referir las posibles infracciones. Las objeciones a esta clasificación, también para nosotros, está en la dificultad de definir la segunda y tercera categorías (moral y orden público) y aún no resultan claros los límites entre ellos. En la práctica es hartamente complicado el encasillar todos y cada uno de los contratos ilegales en una sola de las categorías expuestas. Podemos, sin embargo, mantener que existiría un cierto paralelismo entre los contratos contrarios al *Public Policy* del *Common Law* y los contratos con causa ilícita de nuestro derecho.

²¹ TREITEL, G. H, *The law of contract*, 9.ª ed., Londres, 1995, pp. 377-378.

²² WINFIELD, *Public Policy and the English Common Law*, 42, *Harvard Law Review*, 376, p. 260.

²³ CHESHIRE, FIFOOT AND FURMSTON, *The law of Contracts* (11.ª ed.), Londres, 1986, pp. 341-342.

3.3 Contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*

Un segundo intento de clasificación que, en principio, parecería que no nos puede servir de modelo en nuestro sistema legal, es atendiendo al tipo de derecho infringido. En realidad no vendría a ser sino una variante particular de la clasificación anterior con relación a la peculiaridad del derecho inglés. Se hace diferencia, de esta forma, entre el contrato que viola una Ley parlamentaria (*Statute*) y el contrato que viola el *Common Law* (en sentido estricto). Es fácilmente deducible que en este contexto «*Statute*» se refiere a todo el derecho positivo, esto incluye también las otras normas y regulaciones que los Ministros de la Corona y otros funcionarios emitan autorizados por el Parlamento. En cuanto al *Common Law*, en realidad se emplea ahora el concepto de *Common Law* en sentido estricto y sería el «*Common Law on grounds of public policy*», es decir, una especie de Orden Público recogido en la tradición jurisprudencial tal y como lo configuran Cheshire y Fifoot²⁴.

Aunque veremos más adelante la diferente suerte de regímenes jurídicos que siguen unos y otros contratos, generalizaremos aquí que las consecuencias en principio de una u otra ilegalidad serán diferentes. Los contratos ilegales por ser contrarios a un *Statute* tendrán los efectos previstos en la propia norma infringida o los deducibles del espíritu y finalidad de ésta. Los contratos ilegales por ser contrarios al *Public Policy* seguirán, generalmente, los efectos establecidos de forma general por el *Common Law* que se traducirá en dejar el contrato inexigible y seguir la regla «*ex turpi causa non oritur actio*».

No obstante, la generalización indiscriminada tanto del término «*illegal*» como los efectos de estos contratos contrarios al *Public Policy* es criticada y matizada tanto por algunos autores como por la jurisprudencia más moderna. Cheshire y Fifoot encuentran exageradas, en muchos de los casos incluidos tradicionalmente dentro del *Public Policy*, las consecuencias que se les asocian. Por esta razón, estos autores hacen una doble distinción dependiendo del grado del vicio que estos contratos contrarios al *Public Policy* envuelvan. Se distinguen los contratos con una ilegalidad más seria de los que comportan una ilegalidad más tenue. Los primeros los denomina «*contracts illegal at Common Law on grounds of Public Policy*» y los segundos «*contracts void at Common Law on grounds*

²⁴ CHESHIRE, FIFOOT and FURMSTON, *The law of Contracts* (11.ª ed.), Londres, 1986, pp. 334 y 341

of Public Policy». Para los segundos casos prefieren el término *void* al de *illegal*, pese a ser conscientes de los inconvenientes de aplicar de forma descriptiva este término a un número de contratos muy diversos, no aplicárselo a todos ellos en el mismo sentido o con un resultado uniforme²⁵.

3.4 Contratos ilegales en su formación y contratos ilegales en su realización

En tercer lugar, podemos advertir que, aunque no se haga explícitamente, se suele distinguir la ilegalidad dependiendo si recae directamente sobre la formación del contrato («*illegality as to formation*») o si recae, más bien, sobre la forma de ejecutar o de realizar las prestaciones («*illegality as to performance*»). La regla que se aplica supone que si se ejecuta el contrato de una manera ilegal, cualquiera de las partes que participó o tomó parte en esa ejecución ilegal queda excluida de una posible reclamación de daños y perjuicios por el incumplimiento (*breach*) del contrato. *Caso de Ashmore versus Dawson (1973)*, donde se había convenido el transporte de un equipo industrial pesado y se había aceptado el vehículo a utilizar pese a que quedaba sobrecargado contra lo que la Ley admitía. En el recorrido el equipo sufre daños y se pretende, con base en el incumplimiento (*breach*) del contrato, una indemnización. Se deniega la indemnización por entender que se había participado de la ilegalidad.

Sin embargo, generalmente, si la ilegalidad recae sobre la forma de realizar las prestaciones o sobre un determinado resultado del contrato y no se prohíbe el contrato en sí no se suele invalidar el contrato. Siempre se pone como referencia el caso *St. John Shipping Corp. versus Joseph Rank Ltd. (1957)* en el que por el hecho de haber sobrecargado el barco más de lo que la Ley permitía y haber realizado mal la estiba no era motivo suficiente como para anular o invalidar el contrato de transporte de bienes.

²⁵ Para estos autores habría seis casos dentro de los denominados *Contracts illegal at common law on grounds of Public Policy*: «A contract to commit a crime, a tort or a fraud no a third party»; «A contract that is sexually immoral»; «A contract to the prejudice of the public safety»; «A contract prejudicial to the administration of justice»; «A contract that tends to corruption in public life»; «A contract to defraud the revenue».

Y habría tres casos dentro de los que denominan «Contracts void at common law on grounds of Public Policy»: «A contract to the jurisdiction of the courts»; «A contract that tends to prejudice the status of marriage»; «A contract in restraint of trade». CHESHIRE, FIFOR and FURMSTON, *The law of Contracts* (11.^a ed.), Londres, 1986, pp. 343-344.

3.5 Contratos con ilegalidad objetiva y contratos con ilegalidad subjetiva

Por otro lado, podemos observar que el Derecho inglés pretende ser un derecho eminentemente objetivo. En materia contractual, este carácter objetivo no pasa de ser una pretensión más aparente que real. Se quiere analizar el contrato en sí mismo y comprobar si es contrario a la ley o a los intereses de la sociedad (*Public Policy*), evitando examinar la intención o voluntad de los contratantes²⁶.

La jurisprudencia inglesa, pese a suponer que se basa en fórmulas supuestamente de estricto carácter económico y comercial, no es de ninguna forma insensible al aspecto subjetivo de los supuestos y suele tener en cuenta la intención de las partes, la cual se refleja en las decisiones a las que llegan²⁷. Por esta razón, en la realidad se ha establecido un cierto compromiso en el Derecho inglés entre tendencias objetivas y tendencias subjetivas y moralizantes en materia de contratos. De esta forma, Criscuoli afirma que en este ordenamiento jurídico la ilicitud puede ser objetiva o subjetiva. Esta última se da cuando depende de un dato individual o subjetivo llamándose «*illegality of purpose*». Además esta ilegalidad subjetiva puede ser «unilateral» o «bilateral» dependiendo de si es imputable a una o a ambas partes contractuales respectivamente²⁸.

3.6 Contratos ilegales, *void*, *voidable* y *unenforceable*

3.6.1 ASPECTOS GENERALES

La última clasificación, bastante extendida entre los autores ingleses, se basa en las consecuencias y efectos de los contratos ilegales. De este modo tenemos: una primitiva distinción la de Sir John Salmond que distinguió entre «*nugatory contracts*» e «*Illegal contracts*» [que podría traducirse como contratos ineficaces e ilegales] y posteriores autores adoptaron la clasificación distinguiendo entre «*void contracts*» e «*illegal contracts*»²⁹ (que podría traducirse como contratos nulos e ilegales), incluso podemos encontrar también la categoría de «*voidable contract*» (contrato anulable) añadida a la clasificación³⁰. El problema está en que el término

²⁶ En este punto se centran sus críticas a la teoría de la causa ilícita del *Civil Law*. Vid. *infra* epígrafe: «Causa ilícita versus Public Policy.»

²⁷ DAVID, R., y PUGSLEY, D., *Les contrats en Droit Anglaise*, 2.ª ed., París, 1985, pp. 205-206.

²⁸ CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, p. 308.

²⁹ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contracts*, 5.ª ed., Oxford, 1996, pp. 46-48 y 318-355; CHESHIRE, FIFOOT y FURMSTON, *op. cit.*, pp. 307-410.

³⁰ WHITTAKER, S. J., *Chitty on contracts*, cit., pp. 22-23; ATIYAH, *op. ult. cit.*, p. 47.

«void» no tiene un sentido o efecto uniforme en el derecho contractual inglés y puede significar en unos casos que el contrato es *Unenforceable* (inexigible o inejecutable) y en otros que procede una *Severance* (nulidad parcial)³¹.

En realidad, como apunta Treitel, de esta distinción no se pueden deducir consecuencias concluyentes en cuanto a los efectos legales que se desprenden de cada categoría, porque los mismos autores que aplican la clasificación no se ponen de acuerdo sobre los exactos efectos que producen unos y otros, ni sobre los que podemos incluir en una u otra categoría. Clasificar los contratos ilegales por sus efectos tan sólo en dos o tres categorías supone simplificar ingenuamente la cuestión³². En este mismo sentido viene a coincidir Corbin, quien mantiene que la clasificación parece ser imposible por la complejidad de los casos, ya que la naturaleza de la ilegalidad que puede afectar a un contrato ciertamente tiene casi infinitas variantes³³.

Procedamos a aclarar los conceptos de esta clasificación. En primer lugar, hemos de tener presente que mientras que un contrato nulo (*void*) no tiene por qué ser necesariamente ilegal, un contrato ilegal suele ser a menudo nulo (*void*). Sin embargo, las consecuencias de un contrato ilegal difieren de alguna manera de las generalmente producidas por un contrato simplemente nulo (*void*).

3.6.2 PRINCIPALES DIFERENCIAS EN LOS REGÍMENES JURÍDICOS: *VOID CONTRATS E ILEGAL CONTRACTS*

La diferencia está en que ante un «*void contract*» (contrato nulo) no puede reclamarse su ejecución judicialmente, pero si una persona paga dinero o transfiere la propiedad bajo un contrato nulo se podrá pedir la restitución, pero no por el contrato en sí, sino precisamente porque se considera que no ha habido contrato.

Verdaderamente, no existe, en la mayor parte de estos casos, un interés público en denegar un derecho de restitución, como regla general, al fallar completamente los presupuestos o los propósitos por los que el dinero o los bienes fueron transmitidos. Un contrato nulo (*void*) no produce efectos legales. Por tanto, si los bienes se han entregado, estos bienes o su valor pueden ser recuperables por una acción de daños (*tort*), porque la propiedad no se ha transmitido. Si el dinero ha sido pagado, puede ser recuperable por una

³¹ WHINCUP, M. H., *Contract law an Practice, The English system and Continental comparisons*, 2.ª ed., Deventer, 1992, p. 225.

³² TREITEL, *op. cit.*, p. 378.

³³ CORBIN, A. L., *Corbin on contracts, op. cit.*, pp. 1154-1155

acción de restitución, puesto que el dinero pagado no se debía. Pero, sin embargo, existen numerosas objeciones a la restitución en numerosas circunstancias. Es decir, la regla general expuesta no significa que verdaderamente todos los contratos denominados como «*void*» por la Ley necesariamente produzcan estos efectos. Precisamente, donde más fácilmente se encuentran las excepciones es en los contratos que podrían ser «*void*» en casos de ilegalidad.

Las consecuencias de un «*Illegal contract*» son que al igual que en el anterior supuesto, en principio, no se admite la reclamación de ninguno de los contratantes en la vía judicial para obtener el cumplimiento o la ejecución de las prestaciones del contrato ilegal. Pero, en algunos casos, una de las partes contratantes que es inocente de cualquier propósito ilegal tendrá derecho a su acción. Otra consecuencia es que en estos casos no se va a permitir tampoco, como regla general, la restitución del dinero o las propiedades transmitidas, ni siquiera como remedio extracontractual. El contrato ilegal permite la transmisión de la propiedad y produce la irrepeticibilidad del dinero pagado. Difiere en este punto del contrato meramente «*void*» (nulo) cuya regla general era la de la restitución porque no hubo vínculo contractual. Pese a ello, se deben tener en consideración la culpa de las partes y el estado de ejecución o cumplimiento del contrato.

Atiyah afirma que puede resultar imprudente generalizar los efectos de la ilegalidad y que el equilibrio entre hacer justicia en el caso concreto y aplicar la regla general es muy delicado. Pero advierte de que la sugerencia que hizo en la anterior edición de su obra, en la que mantenía que probablemente la mejor aproximación al problema era teniendo cuidadosamente en consideración todas las circunstancias del caso, mejor que por una mecánica aplicación de la regla general, y que contaba con cierto número de decisiones de los tribunales menores que favorecían y avalaban este planteamiento, ha sido rechazado por una decisión de The House of Lords. Esta Institución ha insistido en que, al menos donde están en juego las reclamaciones de propiedad, éstas deben ser juzgadas por una regla fija y no por una de naturaleza discrecional³⁴.

4. PECULIARIDADES DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE

El Derecho estadounidense también se basa en el *Common Law* y su ordenamiento jurídico obedece a esa tradición. En este

³⁴ ATIYAH, *op. cit.*, p. 48.

sentido, sirva como muestra la concepción del juez Oliver Wendell Holmes Jr. que entendía por derecho «las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos»³⁵. No obstante, el ordenamiento jurídico norteamericano tiene sus peculiaridades con respecto al inglés. Una de las mayores diferencias del Derecho estadounidense respecto al inglés es la existencia de una constitución escrita. Por Estados Unidos pasó la escuela de derecho natural que dictó a los colonos americanos la «Declaración de Derechos» que precedió a la «Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» en Francia³⁶.

En el Derecho estadounidense encontramos lo que se puede denominar libertad constitucional para contratar. Los autores de la Constitución norteamericana respetaban de una forma tan grande la autonomía negocial que diseñaron la Constitución con una específica disposición prohibiendo a los Estados crear cualquier Ley que perjudique o debilite la obligación contractual. Constitución de EE. UU., Convención de 17 de septiembre de 1787, artículo 1.º, sección 10, párrafo 1.º: «Ningún Estado podrá aprobar ninguna Ley que desvirtúe la obligación de los contratos.» En una interpretación amplia y literal se podría entender que se está declarando que las partes pueden, a través de sus contratos, excluir el poder del Estado para controlar la sociedad y regular sus comportamientos.

Sin embargo, no es posible interpretar literalmente esta cláusula constitucional sobre contratación. Realmente, esta llamada «*The Contracts Clause*» no prohíbe a un Estado modificar su derecho contractual como para prohibir ciertas formas de contratos o hacer algunos contratos ineficaces o sólo parcialmente eficaces (*Unenforceable or Partially enforceable*)³⁷. Como ha mantenido el *Common Law* –Ogden versus Saunders, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827)– la Constitución solamente se refiere a la protección de interferencias para los contratos que ya han sido perfeccionados. Pero incluso para aquellos contratos a largo plazo cuyo cumplimiento se ha de realizar en muchos años o de larga duración se mantiene que los ciudadanos no pueden ejercer su poder de contratar para evitar que el gobierno realice leyes para el bien público (*public good*).

Como podemos fácilmente deducir de lo expuesto sobre la Constitución estadounidense, la segunda gran diferencia con el sis-

³⁵ HOLMES, O. W., Jr., *La senda del derecho* (trad. esp. de la obra *The path of the law*, publicada en 1897 en *Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales*, ed. Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 19.)

³⁶ DEKKERS, R., *El derecho privado de los pueblos*, trad. F. J., Osset, Madrid, 1957, pp. 281-282.

³⁷ ROSETT, A., *Contract law and its applications*, 5.ª ed., New York, 1994, pp. 83-84.

tema jurídico británico radica en la existencia de dos fuentes materiales de derecho, la federal y la estatal. Precisamente, debido a la convivencia de dos tipos de legislaciones y de jurisdicciones, la estatal y la federal, en el Derecho estadounidense se va a otorgar mayor importancia a la ley escrita. Además, es precisamente en lo que nosotros denominamos Derecho privado donde el Derecho estatal es más pujante en la batalla entre la uniformidad y la diversidad, entre el centralismo y el localismo que son un tema persistente en el desarrollo del sistema legal americano, tema que continúa sin pausa y sin final³⁸. Esta dualidad permite que, por ejemplo, buena parte del Derecho Civil de algunos estados se hayan codificado, como los códigos de Louisiana, Alabama, California, Georgia, Montana, North Dakota, South Dakota, Oklahoma³⁹. Al contar, sin embargo, con una Constitución como base y fundamento de todas las libertades americanas el legislador se encuentra controlado por los jueces (U.S. Supreme Court o Tribunal Supremo Federal) que se encargan de realizar el control de constitucionalidad de la ley escrita.

En Estados Unidos se va a relativizar el principio del «*stare decisis*» o autoridad del precedente que no siempre vincula las propias decisiones del tribunal⁴⁰. Precisamente, debido a la dualidad de jurisdicciones y no existir una centralización de la justicia como ocurre en Inglaterra, encontramos tantos centros de jurisprudencia como estados componen la nación, lo cual para el sistema de «*judge made law*» da lugar a inconvenientes muy graves⁴¹. Estas circunstancias han hecho que se encuentren bastantes partidarios de una codificación del Derecho estadounidense, es la corriente racionalista partidaria de una uniformidad necesaria en un Derecho moderno (derecho de las *mass-market age*). En este empeño podemos encontrar algunos intentos de instituciones privadas de crear compilaciones que formulen definiciones y máximas del *Common Law* con aclaraciones y comentarios (*Restatements*), así como verdaderas tentativas de textos articulados para uniformar los *Statutes* como el Uniform Commercial Code, la más importante contribución a la uniformidad⁴². Fenómeno conocido como «*Law reform movement*» que se propuso uniformar numerosos ámbitos del Derecho priva-

³⁸ FRIEDMAN, L. M., *A history of American Law*, 2.ª ed., New York, 1984, pp. 660-661.

³⁹ GORLA, G., *El contrato...*, cit., pp. 380 y 446.

⁴⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos...*, cit., p. 92 (en especial nota 161 (bis)).

⁴¹ GORLA, G., *El contrato...*, cit., p. 378.

⁴² Después de la segunda guerra mundial, el Uniform Commercial Code, finalizado en 1950, se ocupó de refundir todos los *Statutes Law* relativos al comercio, mejorados (en teoría), y sustituyendo las antiguas leyes sobre ventas, la mayor parte de las cuales eran a su

do⁴³. Por ejemplo en materia de consumo el Uniform Commercial Credit Code propuesto en 1968 y revisado en 1974, o la Model Consumer Credit Act (originalmente The National Consumer Act) promulgada por el National Consumer Law Center at Boston College. Estos Códigos, aunque no adoptados por todos los Estados, ejercen una importantísima influencia en las diferentes legislaciones estatales que van proliferando para establecer serias limitaciones a la libertad contractual⁴⁴.

En realidad, el ordenamiento jurídico estadounidense es sumamente respetuoso con los contratos privados como lo demuestra, por ejemplo, el principio general que se establece la Sección 1-102(3) del Uniform Commercial Code, que establece que el efecto de las previsiones normativas de dicho Código puede ser objeto de variación por acuerdo de las partes, excepto lo que de otra forma se prevea en esa Ley y excepto las obligaciones de buena fe, diligencia y razonabilidad. En este Uniform Commercial Code se encuentran recogidas la práctica mayoría de las disposiciones que se encontraban el *Statute of Frauds* de 1677 del Derecho inglés y son aplicadas por gran parte de los estados⁴⁵. Curiosamente, mientras que el *Statute of Frauds* ha ido perdiendo aplicación en el ordenamiento inglés, donde se generó, ha sido acogido con gran convicción en los Estados Unidos donde ha recibido una indiscutible y adecuada aplicación⁴⁶.

En este sistema estadounidense se define el contrato ilegal con rigor analítico en la primera compilación (*Restatement*) sobre contratos⁴⁷: «*A bargain is illegal if either its formation or its perfor-*

vez ya objeto de «uniform» Laws. Se puede considerar artífice intelectual de este código al profesor Karl Llewellyn.

⁴³ FRIEDMAN, L. M., *A history of American Law*, 2.ª ed., New York, 1984, pp. 674-678.

⁴⁴ CALAMARI, J. D., y PERILLO, J. M., *Contracts*, 3.ª ed., San Pablo, Minnesota, 1987, p. 432.

⁴⁵ La base de las fuentes en el derecho contractual americano se halla principalmente en el *Common Law* y en numerosas leyes parlamentarias. Pero muy pocos *Statutes* han modificado los principios sobre los que discurre el derecho contractual. La mayor parte de las legislaturas se han ocupado de regular distintos tipos de contratos en particular como los de Seguros, de trabajo, etc. Sólo podemos destacar como relevante el artículo 2.º sobre la venta de mercancías de la Uniform Commercial Code. Código adoptado por la generalidad pero no por todos los estados.

⁴⁶ SÉROUSSI, R., *Introducción al derecho inglés y norteamericano*, versión de E. Alcaraz Varó, Barcelona, 1998, p. 119.

⁴⁷ Las llamadas *Restatements* (Compilaciones) no son más que recopilaciones de carácter privado del derecho común de los Estados en materia contractual, ya que excepto en unas pocas jurisdicciones americanas las normas básicas del derecho contractual no se hallan codificadas. Estas compilaciones pese a ser de carácter privado y no ser oficiales gozan del prestigio de haberse realizado con el respaldo del American Law Institute (fundado en 1923) y son guía obligada tanto de estudios jurídicos como de la práctica profesional. Estas colecciones privadas son un compendio de las decisiones judiciales sobre la materia

mance is criminal, tortious or otherwise opposed to Public policy». Es decir, se establece una amplia definición del pacto ilegal. Podemos entonces deducir que lo que los norteamericanos llaman *illegal bargain* es el que viola una Ley penal, produce daños a terceros, tiene ciertos matices inmorales o va en contra de lo que ellos denominan genéricamente *Public policy* (que podría traducirse como Orden público pero que no coincide completamente con el concepto que nosotros utilizamos como tal, al tener el término sajón una mucho mayor amplitud que el nuestro da cabida a innumerables casos y es mucho más utilizado por sus tribunales que por los nuestros). Para los americanos la categoría de los contratos ilegales o «*illegal*» *contracts* es la general aplicable a aquellos contratos cuya fuente de ilegalidad sea la legislación ya sea mediante *Statute* o *Constitution*, el *Common Law* (decisiones judiciales precedentes), el *public Policy* o van en contra de las *bonos mores of the Community*⁴⁸. En definitiva, viene a coincidir con la concepción que tienen los autores británicos que distinguían entre contratos contrarios al *Common Law* y contrarios a un *Statute*. Del mismo modo, en lo que se refiere a los efectos de los contratos ilegales, los autores estadounidenses distinguen prácticamente las mismas categorías relativas a la eficacia o ineficacia, siendo si acaso más minuciosos distinguen entre *enforceable*, *void*, *voidable* y *unenforceable contracts*⁴⁹.

La segunda compilación (*Restatement*) evita el termino *illegal* y subsume todos estos contratos *unenforceable* (inexigibles o inejecutables) bajo el concepto de *Public Policy*. La base de las reglas de la nueva enmienda en esta materia es la flexibilidad judicial a la hora de valorar la fuerza del conjunto de reglas reconocidas legalmente contra los efectos que pueda tener sobre las partes y en los terceros al declarar un contrato en particular como ilegal a los ojos del *Public Policy*⁵⁰.

que han sido consolidadas durante años. Ordenadas, sistematizadas y completadas por prestigiosos juristas lo que hace que, pese a no tener oficialmente carácter de cuerpos legales, sean obras de obligada referencia y manejo por todos los operadores jurídicos del país. La primera de estas Compilaciones cuya elaboración comenzó a finales de los años veinte fue acabada en 1932.

⁴⁸ Esta es la definición de las fuentes de ilegalidad de los contratos dada por CORBIN, uno de los principales autores de la segunda Recopilación (*Restatement*), cuyo borrador fue hecho a mediados del siglo XX por el American Law Institute, pp. 1155-1160.

⁴⁹ CALAMARI-PERILLO, *Contracts*, 3.ª ed., St. Pablo, Minnesota, 1987, pp. 18-19.

⁵⁰ Resulta interesante notar todos los factores que son tenidos en cuenta por la segunda Compilación (*Restatement*) sobre Contratos:

«Section 178, Restatement Second of Contracts:

(1) A promise or other term of an agreement is unenforceable on grounds of Public Policy if legislation provides that it is unenforceable or the interest in its enforcement is

El *Public Policy* puede ser articulado por la legislación, la Constitución o los tribunales en cualquier momento e independientemente de que haya habido o no una expresión *a priori*, los tribunales pueden rehusar hacer cumplir o ejecutar cualquier contrato que juzguen contrario a los mejores intereses de los ciudadanos como una materia referente al *Public Policy*. Este concepto se ha utilizado por los tribunales como razonamiento para invalidar contratos o cláusulas de contratos debido a inmoralidad, incapacidad, leyes económicas, intrusismo profesional, paternalismo y otros criterios diversos. Como observa Rosett⁵¹, hoy el *Public Policy* es más frecuentemente manifestado en la legislación: leyes que regulan el crédito y el consumo, licencias de comercio, profesiones... Pero cuando una ley no controla directamente el asunto, los jueces, a menudo, apuntarán a la existencia o ausencia de legislación relacionada como base de una declaración judicial de *Public Policy*.

5. TRATAMIENTO GENERAL DE LA ILEGALIDAD CONTRACTUAL EN EL *COMMON LAW*

5.1 Introducción

Se puede comenzar destacando, en un primer momento, la similar forma de tratamiento y de soluciones de la ilegalidad contractual en el *Common Law* con respecto al *Civil Law* en lo referente a los contratos contrarios al derecho legislado. Para aquel contrato que contraviene un precepto de derecho positivo (*Statutes*), la primera regla a seguir coincide en ambos sistemas. Si un contrato infringe una ley o su desarrollo reglamentario (*Statutes*) en primer lugar deberemos atenernos a lo que esta misma ley dispone para la eventualidad. Si no se ha previsto en la ley vulnerada la posible sanción civil aplicable al contrato infractor, entonces lo que proce-

clearly outweighed in the circumstances by a public policy against the enforcement of such terms.

- (2) In weighing the interest in the enforcement of a term, account is taken of
 - (a) the parties justified expectations,
 - (b) any forfeiture that would result if enforcement were denied, and
 - (c) any special public interest in the enforcement of the particular term.
 - (3) In weighing a public policy against enforcement of a term, account is taken of
 - (a) the strength of that policy as manifested by legislation or judicial decision,
 - (b) the likelihood that a refusal to enforce the term will further that policy,
 - (c) the seriousness of any misconduct involved and the extent to which it was deliberate,
- and
- (d) the directness of the connection between that misconduct and the term.

⁵¹ ROSETT, *op. cit.*, p. 84

de es interpretar las expresiones y construcciones empleadas en la Ley y ponerlas en relación con el propósito o finalidad de ésta.

Treitel, al tratar la invalidez legal (*Statutory invalidity*), dice que donde una ley (*Statute*) prohíbe o regula imperativamente la elaboración, creación o desarrollo de un contrato, infringir dicha ley puede hacer el contrato *illegal*, *void* o *unenforceable*, o bien dejarlo perfectamente *valid*. Los efectos de la infracción dependen esencialmente de sus expresas previsiones. Los casos más difíciles son aquellos en los que la ley no ofrece claramente el camino a seguir. Estos casos los divide Treitel en tres, pero en definitiva lo que propugna es desentrañar cuál es la finalidad o el propósito de la Ley⁵². También podemos ver que en este sentido apuntan Cheshire y Prentice. El primero va a considerar al igual que Treitel que una Ley (*Statute*) puede hacer un contrato *void* o *illegal*, dependiendo de sus expresas prevenciones o de su finalidad, por ello puede haber contratos *illegal* por ley (*Statute*) o por *common law*⁵³. Prentice primero afirma que los propios *Statutes* suelen prever expresamente las consecuencias civiles de sus infracciones y que ésta es con diferencia la solución preferible. Añade este autor que además un contrato puede ser *void* sin ser *illegal*, la única sanción de un contrato hecho en contravención a una ley es dejarle ineficaz para crear derechos. También un contrato puede ser *unenforceable* sin ser ni *illegal* ni *void*, en cuyo caso es efectivo cambiar o alterar los derechos o pretensiones de las partes, sin embargo los derechos modificados no son alegables o ejecutables por ellos. Es decir, la Ley puede adaptar el contenido ilegal del contrato a lo en ella preceptuado pero, en principio, no puede hacerse valer directamente este cambio en provecho de las partes⁵⁴.

Por consiguiente, ante un contrato contrario a un *Statute* los tribunales deben tratar de descubrir en primer lugar el propósito básico de la prohibición. En consecuencia, el tratamiento de un contrato ilegal va a ser el que establezca la propia norma violada, la cual bien puede fijar ella misma la propia sanción aplicable o puede, en otro caso, reenviarla (implícita o explícitamente) a las soluciones del *Common Law* (en sentido estricto) que, en última instancia, serán las medidas supletorias a aplicar.

La cuestión es si se trata de prohibir una particular clase de contrato en conjunto o si la prohibición sólo afecta incidentalmente al contrato y la intención que se propone conseguir se dirige hacia

⁵² TREITEL, *op. cit.*, p. 455.

⁵³ CHESHIRE, *op. cit.*, pp. 307-341.

⁵⁴ PRENTICE, D. D., *Chitty on Contracts, General Principles*, 26.ª ed., Londres, 1991, p. 1243.

otro objetivo. En el primer caso, el resultado normal es que el contrato es *unenforceable* en su totalidad. El término *unenforceable* se refiere o se puede traducir como inexigible, lo cual significa que la eventual ineficacia del contrato no va a conferir a los contratantes derechos de restitución sino en casos muy determinados. En el caso, en el que la incidencia de la ilegalidad sea mínima, puede suponer una nulidad parcial (*severance*) o puede mantener el contrato como «*enforceable*» por resultar irrelevante la infracción.

En definitiva, según lo expuesto, para los contratos contrarios a la legislación (*Statutes*) sólo en última instancia deberemos buscar las reglas aplicables en los principios generales del *Common Law*. Por el contrario, si la ilegalidad no se debe a la infracción de medidas de legislación positiva sino a la infracción del *Public Policy*, entonces la solución aplicable se tiene que buscar principalmente en los principios generales del *Common Law*. Observemos, sin embargo, que no siempre es así, puesto que existen un grupo de contratos tradicionalmente incluidos dentro de los contrarios al *Public Policy* como lo son los contrarios a las reglas de libre competencia para los que se prevén reglas especiales. Para estos contratos pese a pertenecer al denominado *Public Policy* se prevé un remedio intermedio que sería una especie de nulidad parcial junto a otras medidas correctoras y la misma solución se posibilita en el caso de los contratos de consumidores. Son los que Cheshire y Fifoot llamaban *contracts void on grounds of Public Policy*⁵⁵.

La verdad es que la terminología empleada para establecer las consecuencias de un contrato ilegal, como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve, es un tanto caótica. Según Treitel nos podemos encontrar con los siguientes supuestos: si un determinado *Statute* establece prohibiciones o mandatos respecto un determinado contrato sin imponer posteriormente sanción alguna y sin especificar las consecuencias civiles de la infracción hemos de considerarlo como *illegal contract*. Si en el *Statute* se prohíbe el contrato y se establece que el contrato es *void* (nulo), dicho contrato será declarado como *void* pero por causa de ser *illegal*. Si en el *Statute* no se prohíbe expresamente el contrato pero se establece una declaración de nulidad, se considera el contrato como *void* pero no como *illegal*⁵⁶.

⁵⁵ *Vid. supra* nota 9.

⁵⁶ TREITEL, *op. cit.*, pp. 455-456.

5.2 Causa ilícita versus Public Policy

5.2.1 DOS CONCEPTOS DIFERENTES: CAUSA Y CONSIDERATION

A simple vista podríamos vernos tentados a traducir *consideration* como equivalente de causa al resultar ambos elementos contractuales con relativas similitudes. Sin embargo, si nos fijamos en las funciones que se atribuye a sendos elementos contractuales en cada sistema jurídico, enseguida podemos comprender que tal traducción se podría considerar basada en lo que se denominan «falsos amigos» porque dichas funciones son diferentes y sólo habría en ellas algún solapamiento muy incidental. En todo caso, la confusión sería comprensible si tenemos en cuenta que tanto históricamente como, incluso, legislativamente la nomenclatura ha sido ocasionalmente intercambiable⁵⁷.

Sin embargo, las diferencias entre causa y *consideration* salen fácilmente a relucir al ser analizadas sus funciones por la doctrina. Para los ordenamientos basados en el *Common Law* no resulta fácil asimilar nuestro concepto de la causa del contrato. No les parece demasiado útil en su concepción contractual incluir un elemento tan abstracto y teórico⁵⁸. Por otro lado, las múltiples teorías doctrinales que han surgido para tratar de dar distintos criterios para definir y, en su caso, justificar una determinada noción de causa no ayudan a su comprensión⁵⁹. Además, incluso podemos encontrar entre los autores del *Civil Law*, movimientos doctrinales «anticausalistas» que se proclaman detractores de esta categoría⁶⁰.

⁵⁷ El juez Holmes nos ilustra sobre cómo en lo que respecta al uso de las palabras la *consideration* es claramente llamada causa («*cause*») en los primeros años del reinado de Isabel I, identificándola con la causa romana tomada en su sentido más amplio. (HOLMES, O. W.: *The Common Law*, trad. esp. de la 45.ª ed. por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964, pp. 230 y 256-257.)

En el plano legislativo, puede servir como ejemplo el Código Civil del Estado de California (1873) al enumerar los elementos esenciales del contrato en el artículo 1550 en su número 4.º se refiere a la «*cause or consideration*». Sin embargo, si analizamos el régimen jurídico al que se refiere este elemento, enseguida se comprueba que se está refiriendo a la *consideration*, aunque con ciertos matices (Section 1605-1615).

⁵⁸ En este sentido resulta demoleadora la «autocrítica» de GORLA a la concepción de causa al estudiar el *Civil Law* (GORLA, G., *El contrato...*, cit., vol. I, pp. 370-371, «La causa nel pensiero dei juristi di Common Law», en *Rivista dei diritto commerciale*, 1951, I, pp. 344 ss.)

⁵⁹ Podemos encontrar entre las explicaciones dadas por diversos autores a la llamada teoría de la causa unas teorías objetivas que se fijan en la función económico-social del contrato, otras teorías subjetivas de la causa que la identifican con los motivos y fines de ambos contratantes, encontramos también teorías que podemos llamar mixtas en las cuales se considera que cabe compatibilizar las dos tendencias en un mismo concepto de causa y, por último, unas teorías que cabría llamar pluralistas para las cuales existen distintas clases de causa.

⁶⁰ CAPITANT, H., *De la causa en las obligaciones...*, cit., pp. 39-41; PLANIOL, *Traité élémentaire*, t. II, ... cit., núm. 1037-1039; DABIN, *La teoría de la causa...*, cit., pp. 66 y 81; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, vol. III, cit., pp. 50 y 468-471.

También resulta revelador el que en los países del *Civil Law* se acaben por imponer concepciones generalizadas de la causa que difieran sustancialmente entre sí. Puede sorprender a los autores del *Common Law* que por ejemplo el concepto que se ha acabado por adoptar mayoritariamente en Francia como causa se refiera a los motivos impulsivos y determinantes del contrato⁶¹, mientras que en Italia se considera como función económico-social del contrato diferenciada, incluso normativamente, de los motivos⁶².

Por otro lado, cuando encontramos un concepto medianamente claro y convincente de la causa se presentan complicaciones en cuanto a la distinción de si la ilicitud del contrato resulta imputable a la causa o al objeto del mismo. Todos estos factores son los que perturban cualquier afán de comprensión de los juristas del *Common Law*⁶³. Consecuentemente, no nos puede extrañar el recelo con el que los juristas ajenos a nuestro sistema jurídico observan la causa como elemento esencial y como filtro de licitud de los contratos⁶⁴. Sin embargo, pese a la posible confusión que pueda desprenderse de las múltiples discusiones doctrinales sobre la causa en el *Civil Law* también los autores del *Common Law* pueden atisbar su funcionalidad. Estos autores se percatan de que tanto «franceses y alemanes consideran la cuestión de si es justo criticar la causa

⁶¹ La concepción moderna de la causa del contrato en Francia es fundamentalmente subjetiva aunque atemperada por algún elemento objetivo. Los mejores exponentes de esta teoría son: CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*, trad. E. Tarragato y Contreras, Madrid; JOSSERAND, L., *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado: teleología jurídica*, trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, 1946; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1949, pp. 59-69.

⁶² La expresión mejor articulada de esta teoría es la expuesta por su artífice: BETTI, E., *Teoría General del Negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, 1959, pp. 132-166; voz «Causa del negozio giuridico», en *Novissimo Digesto Italiano*, t. III, Torino, 1959, pp. 32 ss. En el codificador italiano de 1942 esta teoría resulta inconfundible, GORLA, G., *El contrato*, I, cit., pp. 243-267.

⁶³ Esta afirmación se comprende mejor, habida cuenta que en el derecho inglés toda la licitud del contrato gira en torno al objeto «no contract for an unlawful object is valid». Sin embargo, para ellos el término «objeto» tiene un sentido bastante más amplio que el que nosotros le damos y vendría a equivaler al contenido del contrato, incluyendo comportamientos y circunstancias que le rodean. De esta forma se entiende que comprende tanto los términos explícitos como los implícitos del contrato. Además se alude a la finalidad o contenido general del contrato con relación al problema específico de la ilicitud; no es un concepto análogo a nuestra teoría del objeto como requisito del contrato. El *Common Law* establece cuatro requisitos del contrato: *consent, consideration, form and capacity*, sin incluir el requisito del objeto. (GORLA, G., «La teoría dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil Law)», en *JUS*, 1953, p. 295; ALPA, G., *Contratto e Common Law...*, cit., pp. 74-78; CRISCUOLI, G., *Il contratto nel diritto inglese...*, cit., p. 307.)

⁶⁴ Por esta razón se considera artificial e insostenible por los autores ajenos a la tradición del *Civil Law* una distinción entre objeto ilícito y causa ilícita. (ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *Introduction to comparative law*, 2.ª ed., traducida al inglés por T. Weir, Oxford, 1994, p. 410; GORLA, G., «La causa nel pensiero dei giuristi di common law», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1951, I, pp. 344 ss.)

como una complicada y oscura doctrina ya que, en el fondo, consigue el camino de una útil herramienta funcional»⁶⁵.

También en el *Common Law* se ha creado una teoría para contemplar todas las aplicaciones y utilidades que puede desplegar ese elemento contractual denominado *consideration*⁶⁶. Sin embargo, podemos comprobar cómo tampoco la teoría de la *consideration* pasa, actualmente, por su mejor momento. Como indica Atiyah, una insatisfacción generalizada con la doctrina de la *consideration* condujo a una referencia en el *Law Revision Committee* en 1934, pero el informe del comité, publicado en 1937, no satisfizo ni a los defensores ni a los críticos detractores de la doctrina. Incluso no pocos abogados y juristas prefieren ver abolida la doctrina de la *consideration*, aunque el tema no es por el momento preferente en la agenda de reformas legales⁶⁷. La corriente favorable a la abolición de la doctrina de la *consideration* es su carácter superfluo, puesto que se pueden racionalizar todos los casos en los que se aprecia deficiente *consideration* y tratarlos a través de la noción de *Public Policy*, o a través de extorsiones o presiones indebidas. También, a favor de la abolición de la doctrina de la *consideration* está la idea de que esta doctrina a menudo opera como un invento «paternalista» limitando la libertad de las partes en las relaciones privadas⁶⁸. Pese a estas corrientes, podemos manifestar siguiendo a Zimmermann que la teoría de la *consideration* —como la teoría de la causa en Francia— ha sobrevivido con extraordinaria tenacidad los ataques de todos aquellos críticos que han cuestionado su utilidad⁶⁹.

Lo que hace inconcebible en el sistema del *Common Law* un elemento causal del contrato y una teoría de la causa ilícita como medio fiscalizador del contenido del contrato es su diversa concepción del contrato en sí mismo. Por influencia del Derecho canónico o Derecho intermedio la base sobre la cual se fundamenta el derecho contractual del *Civil Law* es una base moral⁷⁰. La fuerza obligatoria del contrato se construye sobre la doctrina del *pacta sunt servanda* o lealtad a la palabra dada, que deriva en un consensualismo puro. Precisamente, por seguir esta doctrina se tiende a atempe-

⁶⁵ VON MEHREN, A. T., y RUSSELL GORDLEY, J., *The civil law system. An Introduction to the comparative study of law*, 2.ª ed., Boston, Toronto, 1977, pp. 984-985.

⁶⁶ ATIYAH, P. S.: «Consideration: a restatement», en *Essays on contract*, Oxford, 1986, pp. 179 ss.

⁶⁷ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5.ª ed., Oxford, 1995, p. 149.

⁶⁸ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5.ª ed., Oxford, 1995, p. 151.

⁶⁹ ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition, South Africa*, 1992, p. 554.

⁷⁰ Influencia directa del Derecho Canónico.

rar su aplicación indiscriminada a través de la idea de causa. La causa sería el elemento estructural del contrato que condicionaría la obligatoriedad del contrato a que los contratantes se sujetaran tanto a la ley como a la moral como límite de sus promesas y prestaciones.

Esta concepción se opone a la concepción eminentemente económica en la que se basa el derecho contractual inglés. En Inglaterra la Reforma protestante anglicana consigue postergar o eliminar el Derecho canónico. En el *Common Law* la obligatoriedad de los contratos no se basa en la máxima «*pacta sunt servanda*» sino en la *consideration*. La *consideration* fundamenta el vínculo obligatorio en la concepción de que una promesa o prestación únicamente es legalmente eficaz si a cambio de ella se ofrece una contraprestación que la ley reconoce como apreciable (*valuable consideration*) o se realiza una forma legalmente determinada (v. gr. *Under seal*). Es decir, es en los contratos puramente consensuales (*simple* o «*parol*» *contracts* y *contracts made by deed*) donde se establece como requisito la *consideration*. En estos casos se puede concebir la *consideration* como *quid pro quo*, como lo que el contrayente va a obtener por su contrato. Por lo tanto, en el *Common Law* no se parte del principio inicial de que cualquier acuerdo de voluntades es jurídicamente obligatorio⁷¹.

En principio, mediante la *consideration* no se va a valorar ni la ilegalidad ni la inmoralidad del contrato. Como observa Capitant, la gran diferencia que existe entre la *consideration* de los contratos onerosos y la noción de causa, está en que aquél no admite que la obligación moral sea causa suficiente y, por lo tanto, la noción de *consideration* es menos amplia que la de causa⁷². Originariamente, con la *consideration* simplemente se va a comprobar la seriedad en la intención de obligarse. Función esencialmente formal que con las exigencias del tráfico jurídico fue convirtiéndose en simbólica necesidad de que existiese una proporcionalidad o conmutatividad en los recíprocos sacrificios de las partes. Este concepto puede tener su origen en el principio de derecho romano de «*ex nudo pacto non oritur actio*»⁷³. Mientras la reforma anglicana consigue desterrar el derecho canónico, el derecho romano recibe un notable

⁷¹ HOLMES, O. W., *The Common Law*, trad. esp. de la 45.ª ed. por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964, p. 230, cuestión también destacada en obras generales de Derecho Comparado: DAVID, R., *Les contrats en droit anglais*..., cit., p. 134.; MARS, P., *Comparative Contract Law*..., cit., p. 104.

⁷² CAPITANT, H., *De la causa de las obligaciones*..., cit., p. 190.

⁷³ ZIMMERMANN, R., *The law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition, South Africa*, 1992, p. 555.

impulso de los Tudor y los Estuardo utilizándolo como apoyo para sus ideas absolutistas⁷⁴. Consecuentemente, en un principio, la *consideration* funcionaría de forma parecida a los contratos innominados en derecho romano (*do ut des, do ut facias, facio ut des o facio ut facias*) y sólo se admitiría la *executed consideration* al exigir siempre una prestación ya ejecutada⁷⁵.

Aunque este origen romano de la regla de la *consideration* no parece discutible, sí que resulta cuestionable la simplificación de quien mantiene que sencillamente la Cancillería toma la regla del Derecho Romano y tras someterla a diversas modificaciones pasa al *Common Law*. Más bien, parece que la aparición de la teoría de la *consideration* en las sentencias es gradual⁷⁶.

Los problemas de ilicitud se alejan del fundamento estructural del contrato y serán objeto de las doctrinas de la ilegalidad y del *Public Policy*. Por lo tanto, el diferente papel que juegan la causa en el *Civil Law* y la *consideration* en el *Common Law* hace que no se puedan ni equiparar ni contraponer la teoría de la causa de la teoría de la *consideration*, simplemente se refieren a distintos problemas⁷⁷.

5.2.2 CAUSA, CONSIDERATION Y PUBLIC POLICY

Algunos autores han puesto de relieve un cierto cambio en la función que a la *consideration* se le ha venido otorgando en el *Common Law*. Estos autores analizando sobre todo el derecho estadounidense descubren una nueva función de control que los jueces han encontrado en la noción de *consideration*⁷⁸. La *simple failure of consideration* o cuando uno de los obligados no cumple su prestación y por ello el otro le deniega su respectiva prestación no es la verdadera doctrina de la *consideration*. Esta nueva función de la teoría de la *consideration* consistiría en controlar de una forma más efectiva no sólo la seriedad de la voluntad de los contratantes en obligarse sino como instrumento para controlar la igualdad de

⁷⁴ KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, trad. J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p. 313

⁷⁵ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1988, p. 119.

⁷⁶ HOLMES, O. W., *The Common Law...*, cit., pp. 230 y 240 ss.

⁷⁷ OSSORIO MORALES, «La doctrina de la «consideration» en derecho contractual inglés», en *Estudios de derecho privado*, Barcelona, 1942, pp. 7 ss.; CRISCUOLI, G., «Causa e consideration» o della loro incomunicabilità», en *Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, pp. XIII-XVI; VON MEHREN, A. T.; RUSSELL GORDLEY, J., *The civil law system. An introduction to the comparative study of law*, Boston, Toronto, 1977, p. 1028.

⁷⁸ Sobre todo en las obras de GRANT GILMORE y en particular la obra conjunta de KESSLER y GILMORE, *Contracts, Cases and Materials*, 2.^a ed., Boston-Toronto, 1970.

poder contractual y la proporcionalidad de los sacrificios recíprocos de las partes. Por tanto, esta función de la *consideration* va a tener relevancia práctica como un instrumento difuso en manos de los jueces para evitar los abusos de poder contractual en la determinación del contenido del contrato y contra la violación de particulares valores ético-sociales.

Se puede observar una primera aplicación judicial de la teoría de la *consideration* en las teorías de frustración del fin del contrato. Como explica Espert en este aspecto: «la evolución de la jurisprudencia inglesa desde un sistema de *ius strictum* a unas decisiones de derecho equitativo es en función de una apreciación por los tribunales cada vez más en concreto del papel que la *consideration* juega en la eficacia de los contratos, tanto en trance de perfección de los mismos como durante la vida de ellos»⁷⁹. Es decir, tratan de buscar un elemento equivalente a lo que nosotros conocemos como la cláusula *rebus sic stantibus*. También en este sentido Atiyah destaca que la doctrina de la *consideration* ha sido desde hace tiempo aplicada, no meramente a la formación de los contratos sino también a la variación y exención de obligaciones contractuales⁸⁰.

En concreto, Espert pone de relieve la relevancia que adquiere la valoración judicial de la *consideration* en lo que se refiere a ineficacia sobrevenida del contrato por acontecimientos posteriores a su perfección y que conducen a la resolución contractual. Las causas a las que puede ser debida esta ineficacia sobrevenida son: «la sobrevenida ilegalidad (de la causa), incumplimiento de una condición tácita (*implied terms*), imposibilidad física sobrevenida, pérdida de utilidad para el acreedor, mutación sobrevenida de la base objetiva del contrato».

Como podemos comprobar, todas y cada una de las causas expuestas por Espert tienen cabida en la resolución contractual y no son casos de ilegalidad y, desde luego, no existe tanta similitud con nuestro concepto de causa como este autor pretende⁸¹.

La instrumentalización más novedosa que realizan los jueces y tribunales del *Common Law* con la figura de la *consideration* se manifiesta, fundamentalmente, en la jurisprudencia relativa a las cláusulas limitativas de la responsabilidad y en el *estoppel* (impedimento legal derivado de la doctrina de los actos propios)⁸². Ante esta nueva perspectiva han sido numerosos los estudios comparati-

⁷⁹ ESPERT SANZ, V., *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, p. 50.

⁸⁰ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract*, 5.ª ed., Oxford, 1995, p. 141.

⁸¹ ESPERT SANZ, V., *op. cit.*, p. 51.

⁸² WHEELER, S., y SHAW, J., *Contract law, Cases, materials an commentary*, Oxford, 1994, pp. 358-395.

vos de la *consideration* del *Common Law* respecto a la noción de causa imperante en Italia como función económico-social o práctica⁸³. Concepción que como apunta Jordano Barea quedó reflejada en el Código Civil italiano de 1942⁸⁴.

Cuando Alpa afirma que la conexión de la noción de *Public Policy* como límite de la autonomía privada con la noción de *consideration* es evidente y que los dos conceptos están recíprocamente influenciados, en realidad, parece que está pensando, más bien, en nuestro concepto de causa y no en el tradicional de la *consideration*⁸⁵. Sin embargo, esta afirmación no se debe a un mero descuido del autor sino que se hace con la consciencia de que existe cierta tendencia a alterar el concepto tradicional de la *consideration* yendo más allá de la fórmula históricamente consolidada como *something bargained for and given in exchange for the promise*. De esta forma, numerosos autores italianos se han hecho eco de esta aparente evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto de *consideration* en el derecho estadounidense⁸⁶. Aunque alguno de ellos se haya mostrado crítico con estas corrientes⁸⁷.

Podemos concluir esta comparación conceptual causa-*consideration*, afirmando que el requisito de la *consideration* que «muchas veces y de manera un tanto superficial se estima como requisito equivalente al de la causa»⁸⁸, desde luego no sirve para intervenir

⁸³ Vid. *supra* nota 62 e *infra* n. 86.

⁸⁴ JORDANO BAREA, J. B., «La causa en el sistema del código civil español», en *Centenario del código civil*, I, Madrid, 1990, p. 1043.

⁸⁵ ALPA, G., *Contratto e Common Law*...cit. p. 72.

⁸⁶ ALPA, G., «La morte del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del «Common Law», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, pp. 260 y 264-266.; FRANCESCHELLI, R., «Causa e consideration nel diritto privato italiano e anglosassone», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, p. 92; BARCELLONA, P., «Sui controlli della libertà contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, 1965-II, pp. 585-603; BESSONE, M., «Dalla freedom of contract al controllo sociale» (Osservazioni sul metodo di una raccolta si cases and materials), en *Rivista di Diritto Civile*, 1965-II, pp. 455; BESSONE, M., «Strategia d'impresa e teoria oggettiva della responsabilità contrattuale dal dogma della consideration alla política del diritto dell'emerging capitalism», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, pp. 236-240; MANCINI, F., «La consideration nel diritto nordamericano dei contratti», en *Causa e Consideration, Quaderni di diritto comparato*, Padova, 1984, p. 209.

⁸⁷ Como ejemplo destacado encontramos a Barcellona. Este autor expone como una conclusión de la obra de Von Hippel la tentativa de reconducir a la falta o ilicitud de la *consideration* los acuerdos negociales que contrastan con la *Public Policy*. Partiendo de esta conclusión, a continuación, critica este sistema por poder obtener análogo resultado sólo basándose en la *Public Policy*, ahorrando la inconveniencia de obtener resultados excesivos y desproporcionados y la inseguridad que produce al desembocar, en definitiva, en una indiscriminada ampliación del poder del juez al consentir un margen más amplio de discrecionalidad. (BARCELLONA, P., «Sui controlli della libertà contrattuale», en *Rivista di diritto civile*, 1965-II, pp. 597-598 y 602.)

⁸⁸ Según palabras de PUIG BRUTAU, *vid. supra* nota siguiente.

en problemas de ilegalidad. Según Puig Brutau los rasgos más parecidos están en ser objeto de interminables discusiones en torno a su significado o alcance y que ambas palabras se usan en más de un sentido⁸⁹.

Hecha esta precisión sobre la causa y la *consideration* y la más reciente evolución de esta última en el derecho estadounidense podemos afirmar que, en general, la función que realiza la causa de los contratos en el *Civil Law* al fiscalizar la legalidad y moralidad de los propósitos o finalidades de los contratantes y del contrato en su conjunto se va a trasladar en el *Common Law* a la doctrina del *Public Policy*. Para muchos autores del *Common Law* la teoría de la causa o del objeto ilícitos no es más que una innecesaria duplica de elementos a los que se recurre para indicar de forma retórica que el contrato no tiene validez por contravenir la ley o la moral⁹⁰. La libertad contractual debe ser siempre objeto de vigilancia en atención al *Public Policy*, en el cual se pueden incluir todos los casos de ilicitud e ilegalidad⁹¹.

En el sistema del *Common Law* no se trata, por tanto, de vincular la ilegalidad o inmoralidad a un concreto elemento estructural del contrato sino que, atendiendo más al concepto funcional, van a integrar la mayor parte de estos casos en la figura genérica del *Public Policy*. Aunque no tiene un concepto de causa ilícita el sistema del *Common Law* podía haber adoptado un sistema de control estructural de la legalidad del contrato a través del objeto. Sin embargo, por un lado tampoco tienen una concepción del objeto similar a la del *Civil Law* y, por otro lado, no les ha parecido útil hacer un esfuerzo de unificación de los diversos casos sobre la idea de «defecto del objeto del contrato». La teoría del objeto como requisito de validez del contrato es una de las manifestaciones del espíritu lógico y sistemático del *Civil Law*, con todas sus ventajas e inconvenientes. La nulidad por objeto ilícito, es decir, de la prestación, puede ser mejor apreciada desde el punto de vista de la concepción general del contrato ilícito. Se puede demostrar lo superfluo de la teoría del objeto ilícito mediante la observación del sistema del *Common Law*. El *Common Law* contiene, como ocurre en el *Civil Law*, unos conceptos generales sobre los requisitos del contrato (*consent, consideration, form, capacity*), sin comprender entre ellos el requisito del

⁸⁹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 125-127.

⁹⁰ Puig Brutau encuentra expresiva esta idea en las palabras de M. S. Mason (PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1988, pp. 125-126).

⁹¹ KEENAN, D., *English Law*, 8.ª ed., Londres, 1986, pp. 168-169.

objeto⁹². En cuanto a las funciones que entre nosotros atribuimos al objeto es frecuente que podamos encontrarlo en el *Common Law* referidas, de forma general, a lo que podríamos denominar como contenido del contrato. Contenido constituido no por cada una de las prestaciones pactadas, sino por el conjunto de la reglamentación contractual⁹³.

De esta forma, podemos encontrar dentro de los contratos contrarios al *Public Policy* una clasificación muy amplia y abierta, al estar referida tanto al contenido de los contratos como a los fines o propósitos que van a invalidar los contratos:

«— Aquellos que resultan ilegales por ir contra el derecho consuetudinario y jurisprudencial (*Common Law* en sentido estricto) o contra la legislación (*Statute Law*) vigente (dirigidos a cometer un ilícito penal o civil).

— Aquellos que perjudican los intereses gubernamentales tanto en su política interior como en su política exterior.

— Aquellos que interfieren en el correcto funcionamiento de los mecanismos de justicia.

— Aquellos que perjudican la institución del matrimonio y la moralidad.

— Aquellos que van económicamente en contra del interés público (aquellos que promueven la corrupción en la vida pública y los contratos contrarios a la libre competencia).

— Ciertos casos que no encajan claramente en ninguno de los supuestos anteriores y que tampoco se pueden englobar como una categoría propia. En el ámbito de los propósitos ilegales se desbordan las clasificaciones»⁹⁴.

Al enunciar con fórmulas tan genéricas este elenco abierto de casos en los que se puede aplicar la doctrina del *Public Policy*, y sobre todo en el último apartado, está reconociendo que nos encontramos ante un «cajón de sastre» utilizado por la jurisprudencia como instrumento para controlar la juridicidad y moralidad de los convenios. Otros autores tratan de precisar y afinar más los casos en los que interviene el *Public Policy* pero tampoco pueden evitar las fórmulas abiertas y los conceptos indeterminados⁹⁵. Si nos fija-

⁹² GORLA, G., «La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (Civil Law). Saggio di critica mediante il metodo comparativo», en *JUS*, p. 295

⁹³ ALPA, G., *Contratto e Common Law*, Padova, 1987, p. 74; GORLA, G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale...*, cit., pp. 296-298.

⁹⁴ Reproducidos aquí los recogidos por Prentice que consideramos de las enumeraciones más completas (PRENTICE, D. D., *Chitty on Contracts...*, cit., pp. 686-687.)

⁹⁵ Recordemos por ejemplo el intento que vimos de Cheshire y Fifoot por distinguir dentro de los contratos contrarios al *Public Policy* dos categorías diferentes (*vid. supra* nota 23).

mos, la herramienta que para este cometido usan los jueces y tribunales del *Civil Law* no es otro que la teoría de la causa ilícita.

5.3 Principios generales del *Common Law* respecto a los efectos del contrato ilegal⁹⁶

5.3.1 *EX TURPI CAUSA NON ORITUR ACTIO*

Como ya hemos expuesto, en el caso en el que la propia norma positiva infringida no exprese directamente ninguna sanción especial para el contrato, ni se pueda deducir de su espíritu, se entienden aplicables las reglas generales del *Common Law*.

La primera regla general que se aplica a los contratos ilegales en el *Common Law* se contiene en la máxima «*Ex turpi causa non oritur actio*». Resulta contrario a la política del *Common Law* permitir cualquier tipo de acción basándose en un contrato que contiene un elemento ilegal. Esto iría en detrimento de la dignidad de los tribunales (*clean hands*). Esta regla está basada en un principio de Orden Público (*Public Policy*) que responde a la formulación: «*ex dolo malo non oritur actio*».

En este punto, la diferencia con nuestro sistema es sobresaliente. La regla general en el sistema de Derecho Civil continental es que todo acto o contrato contrario a la Ley lleva aparejada la nulidad de pleno derecho, salvo que otra cosa se disponga en la misma. La nulidad de pleno derecho lleva aparejada, en caso de haberse ejecutado ya alguna o todas las prestaciones contenidas en contrato, la restitución recíproca de prestaciones. Mientras que nuestra nulidad implica permitir un nuevo desplazamiento patrimonial para deshacer los efectos que, en su caso, el contrato ilegal hubiese ya desplegado, en el *Common Law* se opta por mantener, en todo caso el *Status Quo*. Esta postura de indiferencia del Derecho ante el contrato ilegal parte de la base de que la administración de justicia debe ignorar cualquier acción o pretensión contaminada de ilegalidad para evitar contagios (*clean hands*).

Las consecuencias del principio serán⁹⁷:

a) No puede prosperar ninguna acción para recobrar el dinero pagado o la propiedad transmitida por un contrato ilegal. Aunque la

⁹⁶ Para exponer todos los principios generales del *Common Law*, tras examinar distintos manuales y tratados de derecho inglés y estadounidense, hemos tenido a bien tomar como base del tratamiento del específico problema de la ilegalidad el expuesto por J. D. CALAMARI y J. M. PERILLO en su obra *Contracts*, ya citada, por considerarlo como uno de los de mayor claridad expositiva.

⁹⁷ MAJOR, W. T., *Law of contract*, revisado por A. Harvey, 8.ª ed., Londres, 1993, p. 200.

propiedad puede recobrase si la alegación de la ilegalidad no es la base esencial de la acción. El ejemplo más gráfico es el caso *Amar sngh v Kulubya*. En este caso existía una ley en Uganda por la cual un africano no podía vender ni arrendar tierras a un no africano sin el consentimiento del gobernador. El demandante africano alquila una finca registrada a su nombre al demandado indio sin recabar esta autorización. Después de que el demandado ha ocupado las tierras algunos años el demandante le notifica que le concede siete semanas para desocupar y finalmente le demanda para recuperar la propiedad. Prosperó la acción del demandante porque la basó no en el acuerdo, de cuya ilegalidad había sido partícipe, sino en consideración a la cuestión independiente e irreprochable de su titularidad registral⁹⁸.

b) No puede prosperar ninguna acción basada en el incumplimiento (*breach*) de un contrato ilegal.

c) Donde una parte del contrato ilegal hubiera sido legal en sí misma, los tribunales no pueden separar lo legal de lo ilegal. El contrato entero se ve contaminado y afectado por la ilegalidad.

d) Cualquier contrato que sea colateral al declarado como ilegal se encuentra también afectado de la ilegalidad, y es tratado como tal, incluso aunque hubiese sido legal en sí mismo. Esta regla opera claramente cuando las partes del contrato colateral son las mismas que las que intervinieron en la formación del primitivo contrato ilegal. La regla también es aplicable cuando el contrato colateral o sucesivo es realizado con un tercero.

e) El título de los bienes puede transmitirse mediante un contrato ilegal si éste se ha ejecutado.

Verdaderamente, el enunciado de esta máxima no parece que sea tan extraño a los planteamientos de política legislativa del *Civil Law*. La solución del *Common Law* puede ser reconocida en normas de muchos de los sistemas legales de Derecho comparado. Lo que se observa, y es lo que puede resultar chocante, es que literalmente se invierte el papel de las reglas en uno y otro sistema. Es decir, que lo que en el sistema del *Common Law* aparece como la regla general, en el Sistema del *Civil Law* es la regla excepcional y viceversa. Ciertamente, observando uno y otro sistema se puede notar que, en ambos, las excepciones a la regla son tan numerosas que en muchos casos se puede incluso cuestionar su generalidad. No puede pasar inadvertido que una variante de esta misma solución la encontramos

⁹⁸ CHESHIRE, G. C.; FIFOOT, C. H. S.; FURMSTON, M. P., *Law of Contracts*, 11.ª ed., Londres, 1986, pp. 363-365; BEALE, H. G.; BISHOP, W. D.; FURMSTON, M. P., *Contracts. Cases and materials*, 2.ª ed., Londres, 1990, pp. 771-774.

en los artículos 1305 y 1306 de Código Civil español, referentes a cuando existe causa torpe en el contrato. También existen similitudes, en otro caso, con la medida adoptada en el artículo 1683 del Código Civil chileno o el 1047.2 del Código Civil argentino.

Además, hay que tener en cuenta que en el propio *Common Law* pueden ofrecerse otros remedios a las partes además de los contractuales. Como apunta Atiyah, si una persona paga dinero o transfiere la propiedad a través de un contrato nulo podría recobrarlos no como consecuencia de ese contrato sino, al contrario, por la inexistencia de tal contrato (*void*) a resultas de que ha habido un fallo total de la *consideration*. Es decir, no existiría contrato cuando se han frustrado totalmente los propósitos por los cuales se pagó el dinero o los bienes se transmitieron y como regla general no habría interés público en rehusar un derecho de restitución en tales circunstancias⁹⁹.

En definitiva, como se puede comprobar, estas soluciones ya sean como regla general o como excepcional no se encuentran tan alejadas entre sí. Tomemos un sistema jurídico u otro observamos que existe una tendencia a la confluencia pues, en todo caso, se acude al análisis casuístico de cada supuesto de forma previa a la aplicación de cada remedio. En realidad, se trata meramente de opciones de política legislativa. Otras soluciones alternativas podrían haber sido: la confiscación de réditos o productos de ilegalidad por el Estado como se prevé en el Estado de Nueva York, la restauración integral del *status quo* anterior como prevé el artículo 2239 del Código Civil mejicano, o bien un decreto exigiendo un pago de los réditos o productos ilícitos a la caridad como se recogía en el artículo 692 del Código Civil portugués de 1879.

5.3.2 EL OTRO PUNTO DE PARTIDA DE UNA DISCUSIÓN SOBRE LA ILEGALIDAD ES LA MÁXIMA *IN PARI DELICTO POTIOR EST CONDITIO DEFENDENTIS*

En caso de igual culpa de ambas partes contratantes respecto a la ilegalidad cometida, la condición en la que se encuentra la parte que se defiende es la mejor posición (es la posición preferida). En este caso el juez dejará a ambas partes probablemente tal y como las encontró.

Como regla general un contrato ilegal es inexigible o inejecutable y es a menudo *void*. La base de este último resultado se encuentra en la *Consideration*, aunque una de las partes se haya comprometido a hacer algo de acuerdo con la Ley no puede haber acción para nadie

⁹⁹ ATIYAH, P. S., *An introduction to the law of contract...*, cit., p. 340.

porque la contraprestación es ilegal. Al ser regla general, en principio se va a presumir siempre que ante un contrato ilegal ambas partes contratantes se ven involucradas en la infracción de la misma manera.

Cuando el demandante trata de ejercer cualquier tipo de acción sobre la base del contrato ilegal los tribunales dirán que no tiene derecho a ser asistido. Los tribunales continuarán sobre este presupuesto. No se deniega la acción por causa del demandado o la situación de éste, sino porque ellos no prestan su ayuda a tal demandante. Es decir, no se entra a analizar la mejor o peor condición del demandado o si éste merece o no la protección que se le va a brindar. De tal forma que si el demandante y el demandado cambiasen sus puestos, invirtiendo las tornas del proceso, y el demandado trajese su acción contra el demandante, este último tendría la ventaja de que hasta entonces disfrutaba el demandado. Esto es lo que significa el principio de que cuando ambas partes son iguales en la infracción o ilegalidad cometida resulta de mejor condición el que se encuentra en la posición de defensa frente al que actúa para obtener cualquier tipo de pretensión, *in pari delicto potior est conditio defendentis*.

5.3.3 RESTITUCIÓN O REMUNERACIÓN RESTITUTORIA CUANDO LAS PARTES NO ESTÁN EN *PARI DELICTO*

Cuando un contrato es aparentemente legal en su formación pero hay un propósito o finalidad ilegal conocidos por uno de los contratantes y no por el otro, la parte «inocente» puede repetir. En estos casos vemos que una de las partes, la que no conoce ni debe razonablemente conocer la ilicitud de un contrato, puede conseguir la restitución basándose en el contrato. Cuando lo que se pretende es dar vigor a contratos exigibles y obtener indemnizaciones obtendrá la ejecución de la parte del contrato que se pueda cumplir por no ser ilegal y reclamar la correspondiente indemnización. Pero, por el contrario, un contrato que resultaría *ex facie* legal será tratado como ilegal si ambas partes conocían el propósito ilegal.

Aparte de estos casos, en particular la doctrina de «*No Pari Delicto*» abarca y admite un grupo más grande de reclamaciones que en términos generales pueden resumirse en dos:

A) *Leyes de protección*

Hay casos en los cuales una transacción se considera que está fuera de la Ley, precisamente, para de esta manera poder proteger una clase de personas a las cuales pertenece el demandante. *V. gr.* Una persona que haya pedido dinero prestado puede recu-

perar el dinero en exceso del interés, e incluso penalizaciones pagadas, de un prestamista usurero.

B) *Posición preeminente de una de las partes*

Otro tipo de casos en los que no se da la *pari delicto* es en aquellos en los que una de las partes se encuentra en una posición preeminente o de superioridad (Leyes anti trust). Consideraciones similares dan base a la regla que dice que cuando un acuerdo ilegal se hace entre partes que están en una relación fiduciaria, como *v. gr.* entre cliente y abogado o procurador, éste no está en *pari delicto* con aquél por lo menos en el caso en el que el cliente se supone que actúa bajo el consejo del abogado o procurador que además es fiduciario.

Además, dentro de estas categorías generales, perteneciendo a una u otra o participando de las dos, podemos encontrar de forma bien diferenciada distintos supuestos en los cuales los tribunales no van a considerar que los contratantes se hallan en igualdad de condiciones y va a permitir la restitución amparando las pretensiones de la parte merecedora de protección. Abordaremos el análisis de cada uno de estos supuestos a continuación.

5.4 Casos en los que se admite que puedan prosperar pretensiones en base a un contrato ilegal

5.4.1 INTRODUCCIÓN

Pese a que existen las reglas generales de no restitución ya expuestas como punto de partida, una vez que se haya determinado que un contrato es ilegal, hay un gran número de situaciones en las que una de las partes puede demandar con éxito a la otra por contrato ilegal bilateral. Como ya se ha expuesto la regla general va a admitir numerosas excepciones en virtud de las cuales se va a permitir que exista restitución de prestaciones que se han obtenido o ejecutado mediante un contrato ilegal. En general, podemos afirmar que todos los supuestos en los que se admite la restitución de prestaciones basándose en un contrato ilegal se van a fundamentar en consideración a que los contratantes no se hallan «*in pari delicto*».

La decisión de otorgar o no un remedio, entendiendo por remedio la forma por la cual la violación de un derecho se previene o compensa, se basa en las alternativas de elección de políticas legislativas y precedentes y no sólo en los conceptos.

En el sistema americano se asume que por encontrar un acuerdo que implique una conducta real o especulada que viole los *Statutes* o el *Public Policy*, los tribunales no etiquetarán automáticamente

este acuerdo como ilegal. De otra forma, encontraríamos una vasta lista de regulaciones administrativas cuya violación sería penalizada indiscriminadamente. Si la legislación establece o declara los efectos de la violación de una ley necesaria por un contrato, la expresión de intención de ésta debe ser, por supuesto, seguida y aplicada. Las legislaciones, sin embargo, no se encargan por lo general de las consecuencias civiles de la violación de la Ley administrativa o penal. En tal caso el problema se determina judicialmente.

Lo que ocurre es que en los tiempos modernos, una gran parte de la vida comercial, cada vez mayor, se gobierna por regulaciones de un tipo u otro. Esta extenuante avalancha normativa, aunque sin malas intenciones, pueden ser violadas directa o tangencialmente por alguna de la multitud de operaciones económicas que realiza una gran empresa. Muchos hombres de negocio que en estas situaciones casi de inconsciencia han transgredido una o más normas pueden pensar que por ello no han perdido su derecho a la justicia.

Un ejemplo que ilustra el problema: Los Estatutos que penalizan el soborno industrial. En 1905 New York fue la primera jurisdicción en tipificar y poner en efecto el soborno como delito. El castigo era una multa no superior a 500 \$ y el encarcelamiento por no más de un año. En el caso *Sirkin* contra *Fourteenth Street Stores*, el tribunal rehusó de juzgar lo concerniente al precio de compra pese a que el *Statute* no dijera nada sobre los efectos civiles de su violación. Una opinión contraria y minoritaria incriminaba a la mayoría de las decisiones judiciales al permitir el enriquecimiento injusto del demandado.

El debate entre la mayoría de la Jurisprudencia y la disidente se repite en numerosos casos. Mientras que algunos de estos casos manifiestan que la Ley o regla general dice que hay que dar fuerza vinculante a los contratos sin contar con la violación del *Statute*, en otros casos manifiestan que la ley general defiende el no dar fuerza a estos contratos.

En realidad, lo que ocurre es que al haber una variedad tan grande de tipos de ilegalidad una sola regla general no puede abarcarlos todos.

Aun así, cuando una parte ha actuado bajo un acuerdo ilegal, esta parte puede obtener una sentencia favorable si la ofensa es meramente *malum prohibitum* y la negación del pago no está en proporción con los requerimientos del *Public Policy* o un castigo individual apropiado.

Mientras el resultado se presenta a menudo con un propósito legislativo comprobable, los tribunales a menudo determinan este propósito por el grado de hostilidad manifestado por la legislación

en contra de la práctica que se ha prohibido, en el caso de *Sirkin* el tribunal dejó bien clara su animosidad y la de la legislación en contra del soborno industrial.

Los casos y circunstancias por los cuales se va a permitir restitución de prestaciones son, de forma resumida, todos los siguientes:

5.4.2 IGNORANCIA DE HECHOS Y LEYES

Una parte puede justificar y probar su ignorancia sobre los hechos que hacían que el contrato fuese ilegal y que la otra parte conocía. La parte inocente deberá probar, de alguna forma, que por su parte hubiera ejecutado ese contrato sin ningún problema al no saber nada sobre la ilegalidad. El encontrarse dispuesto y estar preparado y plenamente capacitado para ejecutar el contrato facilita esta prueba.

Casos como éstos no quebrantan la regla general que dice que la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento, pero hay incluso una excepción a esta regla cuando la ilegalidad se puede considerar como menor y la parte que ignora esa ilegalidad confía en un especial conocimiento de los requerimientos de la ley asumido por la otra parte. Esto suele ocurrir cuando esa otra parte pertenece al gremio del negocio con el cual se relaciona el contrato. Geldart nos ofrece un ilustrativo caso de 1978 en el cual una mujer en Inglaterra había pagado 9.400 £ por la adquisición de una casa en España, pero inconscientemente no había obtenido el permiso de la Tesorería necesario en ese momento por la legislación de control de cambios para enviar dinero a personas en el extranjero. El vendedor de la casa resultó que no tenía título ni poder de disposición alguno sobre dicha casa, y por eso fue hallado culpable de fraude. El tribunal, por lo tanto, decidió que el hecho de que la demandante no hubiese infringido deliberadamente la ley era suficiente para permitirle recobrar el dinero que había pagado¹⁰⁰.

5.4.3 CONTRATO ILEGAL EN VIRTUD DE UN PROPÓSITO O UNA FINALIDAD ILÍCITOS DE LOS CUALES SÓLO UNA DE LAS PARTES ES CULPABLE

El mero hecho de que la parte «inocente» conozca el propósito ilegal de la otra no quiere decir que no vaya a obtener una sentencia favorable por el incumplimiento del contrato, a no ser que el propósito se vea envuelto en una depravación moral seria o incluso ayude

¹⁰⁰ GELDART, W., *Introduction to English Law*, 9.ª ed., pp. 121 y 122.

o contribuya a llevar más lejos o a buen término el propósito ilegal del otro. Cuando una parte ha sido inducida a incorporarse a un contrato ilegal mediando engaños fraudulentos o cuando una persona, lega o profana, accede a un contrato ilegal por la influencia de una persona más astuta y perspicaz no estamos ante una misma falta o culpabilidad. La parte «inocente» en estos casos tendrá derecho a una restitución.

Un claro ejemplo nos lo ofrece el *caso Hughes versus Liverpool, etc. Friendly Society (1916)*. Caso en el que una persona fue inducida mediante dolo fraudulento de una agente de seguros a adherirse a un contrato ilegal de seguro de vida. El tomador del seguro pretendió recobrar las primas pagadas y como las partes no estaban *In pari delicto* las primas eran recuperables.

5.4.4 CUANDO AMBAS PARTES NO SE ENCUENTRAN EN *PARI DELICTO*, PORQUE ALGUNAS LEYES (*STATUTES*) ESTÁN DISEÑADOS PARA PROTEGER A UN COLECTIVO DE PERSONAS FRENTE A OTRAS

La mayor parte de los pleitos civiles concernientes a acuerdos hechos en violación de tales *Statutes* son causantes de una restitución, hay muchos casos en los cuales los daños producidos por el incumplimiento de tales contratos han sido concedidos u otorgados. Por ejemplo, en lo referente a la legislación del control de rentas. Esta legislación está diseñada para proteger al inquilino. Consecuentemente, un inquilino puede demandar por daños producidos por el incumplimiento de un arriendo a pesar de la violación de las regulaciones de renta de las que se habla en las condiciones del arrendamiento. Se ha sugerido que una posibilidad de demanda debería existir para proteger a un grupo de personas contra acuerdos que violen los derechos que legalmente les protegen y la posibilidad de una demanda por daños, si existen.

5.4.5 LOS CONTRATOS LABORALES O DE OBRA O DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

La restitución es algo apropiado en la mayoría de los casos de contratos laborales o de obra o de arrendamiento de servicios, ya que el rehusar dar una remuneración puede redundar en el enriquecimiento injusto de la parte que ha recibido el beneficio del trabajo realizado y la confiscación de la propiedad o los servicios realizados por la otra parte. La parte que ha realizado un trabajo dentro de un contrato ilegal tiene el derecho a una remuneración cuasi-

contractual si esa parte no se considera culpable de una falta moral seria y aunque tenga algo de culpa dentro de este contrato ilegal no se le considera igualmente culpable como a la otra parte. Por supuesto, lo que se llama una falta moral grave es obviamente una cuestión de grado que depende del tipo de esa falta. Por ejemplo, el soborno es una falta moral grave pero los Tribunales no lo consideran tal si se trata de un acuerdo hecho por una persona que tuviese una necesidad extrema o se viera motivado por el instinto de supervivencia.

La segunda pregunta que se deben de hacer a la hora de determinar si ambas partes se hayan en *pari delicto* o no es: ¿Cuándo ambas partes tienen la misma culpabilidad? La respuesta a esta pregunta determinará los casos en los cuales se permite una remuneración en base a que el esfuerzo realizado por el demandante no se puede considerar con una ilegalidad pareja a la de la otra parte. Este tipo de casos se ven dentro de unas categorías bastante flexibles.

5.4.6 SEVERANCE (NULIDAD PARCIAL)

Si un acuerdo, por cualquier razón, acaba teniendo una disposición de ilegalidad que realmente no se incluye en la parte esencial o central del acuerdo puede que no se extienda a todo el contrato. Para alcanzar tal conclusión se han de tomar en cuenta dos principios: 1.º Si esa disposición ilegal no entraña una depravación moral seria, esa parte del acuerdo se tiene por no puesta y el balance del acuerdo es ejecutable si el propósito principal del contrato no se ve anulado. 2.º No se debe alterar la naturaleza de la convención.

La divisibilidad del contrato no siempre se puede determinar por unas reglas fijas sino que más bien se determinan por un instinto judicial de justicia¹⁰¹. Pero existen algunos criterios para determinar si el propósito principal de un acuerdo se vería afectado por la anulación. En un principio el criterio a seguir parece ser el tener en cuenta si las partes hubieran entrado o no a formar parte de acuerdo sin haberse estipulado las disposiciones ilegales del contrato. Se puede determinar al valorar la igualdad o equilibrio del intercambio acordado antes y después de la anulación propuesta. La técnica de «*The blue pencil test*» consiste únicamente en quitar (nunca reformar ni añadir nada) aquellas palabras del contrato que lo hacen ilegal, no determina el alcance de doctrina de la severance¹⁰². Cuando la ilegalidad alcanza o comprende el acuerdo por

¹⁰¹ CALAMARI, *op. cit.*, p. 899.

¹⁰² TREITEL, *op. cit.*, p. 462.

completo la nulidad parcial generalmente no se permite. Aun así, en estos casos el tipo de multa o confiscación y el enriquecimiento injusto entrarán en consideración al determinar si la nulidad parcial debe ser otorgada. Este tipo de nulidad parcial (*severance*) suele aplicarse sobre todo en los contratos de competencia desleal y contrarios la libre competencia (*Contracts in restraint of trade*)¹⁰³.

5.4.7 INTERPRETACIÓN DE PROPÓSITOS Y REFORMA JUDICIAL

Al existir la posibilidad de leer un acuerdo de forma que se le puede dar un sentido legal o ilegal, será preferida siempre la interpretación que le da un sentido legal.

Además de esta regla de interpretación cabe la posibilidad de la reforma judicial o integración de un contrato escrito, sin embargo hay muy pocos casos en el Derecho inglés y americano en los que un remedio de reforma judicial haya sido otorgado. Hay un reconocimiento general y una expansión gradual de la idea de que la reforma o integración es factible si la ilegalidad es a causa de un error de hecho o de la legislación y más en particular cuando es un error que entraña el defecto legal de un escrito. Las puertas de la reforma o integración están abiertas cuando ambas partes hayan atravesado inadvertidamente más allá de las barreras de la legalidad.

De hecho la reforma suele ocurrir bajo las doctrinas de nulidad parcial, en su caso, sustitutiva y divisibilidad (*severance*). Pero, además, también hay casos en los que el tribunal esencial o simplemente vuelve a escribir el contrato para concordarlo con la Ley, sin contar con ningún tipo de doctrina en particular. En el Derecho inglés se denomina «*The court's statutory power to revise the contracts*». Pero sólo se da en aquellos casos en los que existe una Ley del parlamento que contiene previsiones normativas que lo permiten¹⁰⁴.

5.4.8 ARREPENTIMIENTO *LOCUS POENITENTIAE*

Otra excepción a la regla general, en la cual los Tribunales dejan a ambas partes que han entrado a formar parte de un contrato ilegal de la misma forma en la que les encontraba, es la doctrina del *locus poenitentiae* o desistimiento voluntario y a tiempo del propósito ilegal. Esta figura reconocida tanto en el Derecho inglés como en el

¹⁰³ BEALE, H. G.; BISHOP, W. D.; FURMSTON, M. P., *Contracts. Cases and materials*, 2.ª ed., Londres, 1990, p. 775.

¹⁰⁴ TREITEL, *op. cit.*, p. 465.

norteamericano es bastante original con respecto al Derecho continental. Incluso si el demandante se encuentra en *pari delicto*, y por lo tanto tiene la misma culpa o es incluso más culpable que el demandado, se le da el derecho de resolver el contrato y obtener una remuneración o restitución si actúa a tiempo de prevenir el propósito ilegal por el cual se hizo el contrato. A no ser que el mero hecho de realizar el contrato ya envuelva un tipo de falta moral sería. Es decir, salvo que la mera actividad contractual envuelva la ilegalidad independientemente de que el desarrollo del contrato o de alguna de sus prestaciones llegue a término.

Esta doctrina ha sido justificada basándose en que frustra el llevar a cabo esquemas ilegales y que, en cuanto a justicia y moralidad se refiere, el demandante debería tener una oportunidad para arrepentirse. De todas maneras, este arrepentimiento no es requerido, por lo general, en un sentido moral y los tribunales no se meten generalmente en las razones que pueda tener el demandante a la hora de repudiar el contrato. Al demandante habitualmente no se le permite salir del acuerdo cuando una parte de este contrato ilegal había sido consumado de alguna forma. Aun así, en algunos casos se le permite que salga del acuerdo antes, eso sí, de que cualquier aspecto ilegal del contrato haya sido sustancialmente llevado a cabo. Es decir, cuando ninguna parte esencial del contrato ilegal se ha ejecutado, aquel contratante que está verdaderamente arrepentido puede recobrar.

El problema se centra en discernir cuándo cabe apreciar el arrepentimiento en un contrato ilegal en el que se ha comenzado a ejecutar alguna prestación o se ha llevado a efecto parcialmente. La cuestión es saber, cuando se abandona por parte de un contratante sin que finalice el proceso de ejecución del contrato, si se tiene o no derecho a recobrar. En principio, se pueden acoger a la doctrina del *Locus penitentiae* cualquiera de los dos contratantes siempre que no se haya llegado demasiado lejos «*before things go so far*», el problema es determinar hasta cuándo «*How is so far?*». Los *Leading Cases* sobre este asunto suelen referirse a contratos celebrados en fraude de acreedores¹⁰⁵.

De esta forma la ley incentiva el arrepentimiento o la denuncia de la ilegalidad. Pero aquel contratante que busque obtener la aplicación de esta regla debe mostrar que su arrepentimiento es genuino, y que no está repudiando el contrato por meras razones de conveniencia.

¹⁰⁵ CHESHIRE, G. C.; FIFOOT, C. H. S.; FURMSTON, M. P., *Law of Contracts*, 11.ª ed., Londres, 1986, pp. 367-368; BEALE, H. G., BISHOP, W. D.; FURMSTON, M.P., *Contracts. Cases and materials*, 2.ª ed., Londres, 1990, pp. 768-769.

La cuestión de verdad, en cualquier caso, es si la finalidad de la ley triunfará o se verá satisfecha al ofrecer una gratificación al cumplimiento de ésta si se denuncia a tiempo la ilegalidad. Aunque generalmente se dice que el arrepentimiento viene demasiado tarde: 1.º Si viene única y exclusivamente después de que la otra parte del contrato haya indicado que no llevará a cabo lo que se haya acordado o 2.º Después de que el logro del propósito ilegal se vea como imposible. Esta regla también tiene sus excepciones puntuales.

5.4.9 ILEGALIDAD POR CAUSA REMOTA-CONTRATOS COLATERALES

Estas situaciones en las que las partes no están en igualdad de condiciones se dan a menudo en lo que es llamado ilegalidad por causa remota. Éstos son los casos en los que la ilegalidad de la que trae causa el contrato proviene de actos o conductas anteriores a la celebración del mismo o de otros contratos o relaciones jurídicas de las que depende o ha dependido aquél. Es decir, los contratos posteriores o colaterales que están basados o dependen de una negociación ilegal son también considerados o *illegal* o *void*.

Esto puede ocurrir con cartas de pago, reconocimiento de deudas, o contratos en sí mismo neutros o inocuos que no forman parte principal del contrato original que se considera ilegal pero traen causa de él. Son contratos independientes en sí mismos (por ejemplo contratos *under seal*) pero con indisoluble relación con el contrato ilegal. Muchas veces la contratación posterior es realizada por las mismas personas que cometieron la primitiva ilegalidad y otras veces a través de apoderado o persona interpuesta. Cuándo lo remoto puede resultar demasiado remoto o qué pueda ser demasiado remoto es ya una cuestión de medidas o graduaciones. Aquí se puede traer a colación un tradicional principio jurisprudencial que reza: «La línea de proximidad a la ilegalidad varía, de alguna manera, de acuerdo a la gravedad del mal producido.» La solución viene a ser casuística al depender del contexto de la conducta ilegal.

5.5 Efectos de los *Statutes* que exigen licencias o autorizaciones

La exigencia de distintas licencias y autorizaciones administrativas obedece a multitud de razones. Puede venir determinada por un sencillo afán de información estadística de la administración, por ejercer un mínimo control de calidad evitando fraudes, por realizar controles de sanidad en determinados productos, por finalida-

des recaudatorias, etc. Habrá que deducir el propósito legislativo o finalidad de la norma jurídica (*Statute*) que exige la autorización. Deberemos tratar de ver si la exigencia es una mera formalidad, ideada por ejemplo para promover ingresos, o es un requisito sustancial que certifica la posibilidad de entrar en el tráfico económico sin peligro de causar daños. También habrá que calibrar si la cuantía del beneficio era esperado o no por el demandado y su relación con la cuantía de la multa o sanción (beneficios muy altos compensan la multa). También se mira si la falta de licencia ha causado algún daño o ha supuesto una gran alarma social.

5.6 El cambio de la Ley o de la coyuntura después que el contrato ha sido celebrado

Las reglas a aplicar en los casos de legalidad o ilegalidad sobrevenida en los contratos van a ser prácticamente idénticas en todos los ordenamientos jurídicos por lo que no difieren sustancialmente del tratamiento que reciben estos casos en el *Civil Law*. Sin embargo, se puede apreciar que en los ordenamientos jurídicos angloamericanos se va a considerar con mucha preeminencia a la nueva ley que trata de modificar determinadas conductas contractuales o variar en cierto sentido el tráfico económico. Por esta razón, pese a no ser muy partidarios de la intervención estatal en el ámbito contractual, o quizá por ello, no van a abrazar tan férreamente como los ordenamientos codificados un Principio General de Irretroactividad.

a) Contrato legal en el momento de su formación y después se convierte en ilegal por un cambio en la legislación.

El tratamiento que recibe el contrato que deviene ilegal en un momento posterior al de su celebración es como si lo que sobreviene fuese una imposibilidad de la prestación ¹⁰⁶. Para estos casos, como hemos tenido ocasión de explicar, se ha ido utilizando el concepto de la *consideration* en un sentido más moderno y flexible ¹⁰⁷.

b) Contrato ilegal en el momento de su formación que luego se convierte en legal por un cambio de un hecho o resultado del cambio de una ley.

La regla general dice que el cambio de una ley no dará validez al contrato. Sin embargo, tiene excepciones cuando las reglas de la nueva Ley ponen en duda la conveniencia de atacar dicho contrato.

¹⁰⁶ CALAMARI, *op. cit.*, pp. 547-548.

¹⁰⁷ *Vid. infra* epígrafe: *causa, consideration y Public Policy*.

Si se produce un cambio de hechos que hacen que desaparezcan las causas de ilegalidad el contrato no se convierte en válido, salvo que cualquiera de ambas partes desconociesen la ilegalidad. Si debido al cambio de hechos desaparece la ilegalidad ambas partes pueden ratificar el acuerdo ¹⁰⁸.

6. EL *COMMON LAW* COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO EMINENTEMENTE LIBERAL

Una de las peculiaridades que diferencian los ordenamientos jurídicos con Derecho codificado de aquellos derivados del Derecho del *Common Law* es, sin duda, la menor permeabilidad de estos últimos para impregnarse de principios sociales. En contraposición a la naturalidad con la que se ha asimilado en los ordenamientos jurídicos continentales, y especialmente en el nuestro, la inevitable aparición de lo que se ha dado en denominar Orden Público Económico, tanto de protección como de dirección, en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona se contempla con muchos recelos.

Tanto el ordenamiento jurídico inglés como el estadounidense son reacios a las legislaciones intervencionistas de signo proteccionista. El intervencionismo en la mentalidad de estas culturas jurídicas es un mal necesario que se ha de tender a evitar en lo posible. En términos generales esta mentalidad marca su política legislativa pese a que sea inevitable en estos tiempos responder normativamente a las demandas de las fuerzas sociales que parecen ir desperdando poco a poco.

El Derecho legislado inglés va paulatinamente aumentando su volumen. En muchas ocasiones el parlamento debe promulgar leyes (*acts of parliaments* o *statutes*) obligado por las directivas de la Unión Europea. Además, se ha ido delegando el desarrollo de ese derecho legislado a la Administración Central y Local. En esta legislación delegada (*delegated legislation*) se cede a la Administración el poder de adoptar decisiones de carácter económico o social, proporcionándola el marco legal. De hecho, afirma Alcaraz Varó, en el Reino Unido, como en la mayoría de los estados modernos, la legislación delegada o subordinada es hoy, paradójicamente, más voluminosa que la que emana directamente del parlamento ¹⁰⁹.

Muchas veces el Derecho legislado (*Statutory Law*) es tildado con el adjetivo de paternalista. El término «*paternalism*» es bastan-

¹⁰⁸ CALAMARI, *op. cit.*, p. 904.

¹⁰⁹ ALCARAZ VARÓ, E., *El inglés jurídico, textos y documentos*, Barcelona, 1994, p. 14.

te usado por los autores anglosajones ¹¹⁰. En el pensamiento tradicional de esta cultura jurídica alcanza un sentido un tanto despectivo, pues la mayoría de estos autores lo consideran poco compatible con la síntesis judicial de costumbres y la regla del «*stare decisis*» que componen el *Common Law* y con las teorías democráticas liberales ¹¹¹. Por ello, los más favorables a la incursión en el terreno privado de la política social del Estado tratan de hacer muchas precisiones y distinciones del término, e intentan justificarlo apoyándose en otros motivos conexos no paternalistas como los de eficiencia y los distributivos, la protección de la integridad personal, de intereses económicos o morales de terceras personas ¹¹², etc.

En general, podemos afirmar que la mentalidad norteamericana dominante, aunque sigue siendo la tradicional ¹¹³, también va poco a poco tolerando el «*social paternalism*» legislativo con no pocos recelos y reservas ¹¹⁴. Su avance se debe a la evolución de la política social que conduce a cierto dirigismo legislativo a través de normas administrativas derivadas de leyes (*Acts of Congress*) que será bastante criticado por la doctrina (denominándolos «*Paternalist statutes*») ¹¹⁵ y no siempre bien entendido por los tribunales cuyo pensamiento permanece reacio al intervencionismo y al control social de la libertad contractual, materia en la que aplican el principio de «*the right to be alone*» ¹¹⁶. Esta concepción les lleva a advertir la inconveniencia de extender arbitrariamente el concepto de *Public Policy*. Esta doctrina neoliberal se puede resumir así «... *men of full age and competent understanding shall have the utmost*

¹¹⁰ La mayoría de los autores anglosajones «antipaternalistas» basan sus concepciones en la tradicional teoría de J. S. MILL expuesta en su *Ensayo sobre la libertad* (comenzado en 1855 y publicado tras su muerte en 1859). Por el contrario, los autores de tendencia más «paternalista» tienen su modelo en H. L. A. Hart y su obra.

¹¹¹ COLLINS, H., *Contract and legal theory*, en *Legal Theory and Common Law*, Oxford, 1986, p. 144.

¹¹² KENNEDY, D., *Distributive and paternalist motives in contract and tort Law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, pp. 570-574, 586-590; KRONMAN, *op. cit.*, pp. 766-774.

¹¹³ KRONMAN, *op. cit.*, p. 764.

¹¹⁴ En general, existe en la tradición angloamericana cierta animadversión contra el derecho legislado (ley, decreto, resolución, circular...). Pero podemos distinguir ciertas diferencias entre la importancia que adquiere en Estados Unidos y en Gran Bretaña. Comenzando porque los Estados Unidos disponen de una Constitución federal que sirve de marco jurídico de derecho escrito. El derecho legislado para los juristas americanos suele ser contemplado con el tradicional prejuicio anglosajón de que éste no supone más que una derogación del *Common Law*. Sin embargo, los juristas americanos van a ir modificando su actitud de hostilidad al derecho legislativo por influencia del juez Holmes y aceptan que este tipo de derecho puede ser digno de una interpretación liberal y no tan restrictiva. Por ello, los juristas americanos serán mucho más receptivos a las modificaciones legislativas y, en esto, se acercan más a las concepciones del Derecho continental europeo que los británicos.

¹¹⁵ SHAPIRO, D. L., *Courts, Legislatures and paternalism*, pp. 519, 530-531, 533, 545, 572.

¹¹⁶ SHAPIRO, D. L., *op. cit.*, pp. 538-545.

liberty of contracting»¹¹⁷. Sobre todo los autores estadounidenses con argumentos de derecho económico tratan de que nos replanteemos la necesidad o utilidad de tanto intervencionismo estatal en la economía, por extensión, también los más radicales se cuestionan la oportunidad de la intervención social. Ésta es una doctrina que empieza a adquirir cierto eco también en nuestro continente¹¹⁸.

Por otro lado, la corriente contraria también tiene numerosos adeptos y representantes en el Derecho estadounidense como ponen de manifiesto Kessler y Gilmore, quienes aportan una original innovación a la concepción norteamericana tradicional de la disciplina contractual, tratando de adaptarla a la rápida evolución que se ha venido desarrollando en los últimos tiempos¹¹⁹. Lo que han producido los nuevos esquemas legales que fijan condiciones obligatorias (*compulsory terms*) es producir la confusión sobre qué vía utilizar para realizar las reclamaciones, llegando a la conclusión de que se puede utilizar tanto la vía del *contract law* como la del *tort law* (Derecho de daños) para conseguir las pretensiones basadas en estas leyes¹²⁰. Esto es lo que se ha denominado el moderno paradigma contractual o «*Neo-classical law of contract*», que partiendo de los problemas del derecho contractual clásico acomoda los valores conflictivos a través de métodos flexibles y pragmáticos. Se permite a los jueces la discrecionalidad suficiente en los casos difíciles para alcanzar justo los resultados socialmente deseables¹²¹.

7. CONCLUSIÓN. VARIEDADES Y GRADOS DE ILEGALIDAD, CON VARIACIONES EN LOS EFECTOS LEGALES

Se ha puesto de manifiesto con la resumida exposición del tratamiento británico y estadounidense de la ilegalidad contractual la

¹¹⁷ Fórmula textual clásica entre la doctrina jurisprudencial británica, *Co. v. Simpson* (1875) L.R. 19 Eq. 462, p. 465.

¹¹⁸ VALIANI, R., «L'Economia Della Deregolamentazione», en *Quadrium*, 1985, pp. 78-102.

¹¹⁹ Estos autores añaden a la ideología del dogma del *freedom of contract* las regla antagónicas que sirven de instrumentos de control social para evitar una indiscriminada aplicación de los principios de la libertad contractual, éstos son el concepto de la *equity*, la doctrina de la *consideration* y las innumerables posibilidades que ofrece el concepto de *Public Policy*. (KESSLER y GILMORE, *Contracts. Cases and materials*, Boston and Toronto, 1970, p. 1396.)

¹²⁰ De esta forma se produce una especie de invasión del *tort law* (Derecho de daños) en áreas tradicionalmente reservadas al *contract law*, ya que será más beneficioso para la parte lesionada acudir a las indemnizaciones que le otorga el *tort law* (SHAPIRO, D. L., *op cit.*, p. 537-538; KENNEDY, D., *op cit.*, p. 590-595. Entre la doctrina inglesa también se recoge este hecho WHITTAKER, S. J., *Chiti on Contracts* podemos encontrar numerosas clasificaciones diferentes).

¹²¹ WHEELER, S., y SHAW, J., *Contract law, Cases, materials an commentary*, Oxford, 1994, pp. 52-55.

enorme diferencia que la separa de nuestro planteamiento continental. Podemos destacar que con el sistema usado por los juristas anglosajones se puede llegar a soluciones más matizadas y más apropiadas a las circunstancias que las conseguidas por nuestro sistema. Sin embargo, como señalan David y Pugsley esta ventaja tiene una contrapartida que consiste en que se encuentran ante soluciones mucho más fragmentarias, dejando cabida a un margen de incertidumbre. Las soluciones, a fuerza de ser matizadas, corren el riesgo de parecer contradictorias o paradójicas. Además, como ya hemos comprobado, la terminología y nomenclatura usadas aumentan la confusión, ya que se encuentran mal adaptadas a la variedad de regímenes puestos de relieve en las distintas situaciones. Lo cual añade tantas variables que nos van a hacer dudar a la hora de determinar el régimen que va a resultar aplicable a un concreto contrato que se encuentra en una situación de ilegalidad ¹²².

El razonamiento para articular todas las posibles soluciones que encontramos en el *Common Law* parte de unas reglas generales y de la consideración de numerosas circunstancias que modulan esas reglas. A primera vista podríamos pensar que se supone que un contrato ilegal está necesariamente anulado de efectos legales y que ha perdido toda cobertura legal. Sin embargo, la materia no es tan simple.

Los razonamientos para establecer adaptaciones de las reglas generales a las distintas circunstancias toman como referencia otros modelos de derecho sancionador. De esta forma, se argumenta que en la regulación de la conducta humana sabemos que no es suficiente clasificar meramente actos como delictuales o no delictuales. Los actos delictuales varían enormemente en consideración a su clase y calidad. Se clasifican convencionalmente y las penas y otros efectos legales se modulan o hacen variar con el grado y el carácter del acto. *V. gr.* Asesinato es peor que homicidio, e incluso dentro del homicidio hay distintos grados. También hay una amplia gama de penas, desde la pena de muerte hasta la mera amonestación. Dentro de una misma pena también hay grados. *V. gr.* Condena a prisión puede ser larga o corta y la multa alta o baja. Lo mismo ocurre con los contratos ilegales; sus efectos varían con el carácter de los factores que producen su inclusión en la categoría de la ilegalidad ¹²³.

Un contrato puede ser ilegal si las prestaciones por las que fue concluido son ilegales; y las prestaciones pueden ser ilegales por-

¹²² DAVID, R., y PUGSLEY, D., *Les contrats en Droit Anglais*, cit., p. 205.

¹²³ CORBIN, A. L., *Corbin on contracts*, op. cit., pp. 1154-1155.

que la autoridad gubernativa las ha declarado como «delictuales» (*crime*) en cualquiera de sus múltiples grados o porque de cualquier manera se las ha declarado como «dañinas» (*tort*). Por otro lado, un contrato puede ser ilegal incluso aunque las prestaciones no sean ilegales (*consideration*); puede ser ilegal porque el hacer tal contrato esté, en sí mismo, prohibido y sujeto a pena-sanción.

Según el *Common Law*, un contrato es un acuerdo entre dos partes sobre un intercambio de prestaciones, valen tanto las ya ejecutadas como las aún prometidas. Por lo tanto, se necesitan dos prestaciones para hacer un contrato o una promesa formalmente expresada (*consideration*); y debemos ser conscientes que la ilegalidad puede ser restringida totalmente a una de esas prestaciones. También una de esas partes puede ser considerada por la ley como completamente inocente; o una de las partes puede ser considerado como de menor culpa (*fault*) –*not in pari delicto*– y por tanto hallarse legitimado para obtener algún remedio legal (*legal remedy*). Este sistema legal proporciona una buena variedad de remedios legales y son aplicados por los tribunales con un alto grado de flexibilidad.

Como conclusión, siguiendo a Corbin, podemos decir que la ilegalidad no es un concepto simple. Tiene muchas formas y una gran variedad de efectos. Hay zonas en las cuales incluso un diligente ciudadano no puede determinar si un contrato propuesto es o no ilegal. Pero a lo largo del límite de la legalidad hay numerosos signos de aviso que dan protección razonable a un hombre probo y serio. Aunque hay un área de incertidumbre, ésta es pronto incluida en el campo donde la ilegalidad se convierte en plena y clara, sin embargo su calidad y grado y sus efectos en los remedios judiciales pueden, desde alguna distancia, mantener la flexibilidad que también encontramos como tendencia en nuestro ordenamiento jurídico ¹²⁴.

¹²⁴ Arthur L. CORBIN es uno de los autores cuyos puntos de vista han influido más y han sido tomados más en cuenta en la segunda *Restatement* cuya última redacción fue aprobada en 1979 y publicada en 1981. Así como en la primera publicada en 1932 se reflejaban las ideas de Williston que pertenece a la llamada escuela positivista, la segunda, como hemos adelantado, refleja las ideas de Corbin que es uno de los representantes de la escuela realista. Esta última es una escuela escéptica a la formulación de generalizaciones y definiciones. Creen que los tribunales, para llegar a una decisión, deberían tomar en cuenta, y de hecho lo hacen, la situación social, económica, ética y moral.

La comunidad funcional

LUIS A. GODOY DOMÍNGUEZ

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho civil

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: I. *Planteamiento*.—II. *Delimitación: La aceptación de la figura en estudio*: A) El fundamento económico. B) El fundamento jurídico: 1. Desenvolvimiento histórico de la norma: a) Los precedentes inmediatos. b) Los precedentes lejanos. c) El posterior desarrollo del Código civil. 2. La interpretación sistemática del precepto.—III. *Aproximación conceptual*.—IV. *Sus caracteres*: A) Voluntariedad. B) Estabilidad y Permanencia. C) Indivisibilidad: 1. Autonomía de la voluntad. 2. Indivisibilidad por el destino. 3. Divisibilidad natural. D) Finalista. E) Accesoriedad. F) Organización.—V. *Diferencias con figuras afines*: A) Comunidad funcional y otros tipos de comunidad: 1. Comunidad pro diviso. 2. Comunidad germánica: a) Factores que las aproximan. b) Criterios de distinción. 3. Comunidad romana. B) Comunidad funcional y sociedad: 1. Origen convencional. 2. Cumplimiento de los requisitos formales. 3. Personalidad jurídica. 4. La finalidad: a) *La affectio societatis*. b) El ánimo de lucro. c) La actividad. 5. Recapitulación.—VI. *Posibilidades prácticas de la figura*: A) Garajes. B) La llamada multipropiedad. C) Las urbanizaciones privadas.—VII. *Conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO

Con una frecuencia extraordinaria puede comprobarse cómo surgen en el tráfico jurídico situaciones, normalmente buscadas de propósito, que tienen por finalidad favorecer y facilitar el desarrollo de las relaciones jurídico-privadas. Relaciones que toman como punto de partida figuras aceptadas y reguladas en nuestro Ordenamiento; pero a las que, al mismo tiempo, los interesados añaden o suprimen aspectos y elementos de las más variadas instituciones,

que determinan la aparición de problemas en orden a su integración e interpretación jurídica. Especialmente complicado es, muchas veces, verificar ante qué tipo de relación nos encontramos y, en su caso, qué respuesta debe ofrecerse a los conflictos que la misma genera. Lo cual, por lo común, va a depender de la calificación que previamente se lleve a cabo.

Esto ocurre en ocasiones en el ámbito de la copropiedad, mediante la constitución de cotitularidades que, aun cuando en apariencia responden a la fisonomía tradicional de la comunidad, carecen, no obstante, de algunos de los elementos que la caracterizan. Efectivamente, con el desarrollo socio-económico surge un conjunto de situaciones para las cuales el concepto clásico de comunidad se muestra insuficiente¹. Máxime si se tiene en cuenta un denominador común de todas ellas: la estabilidad de su existencia².

El objeto de nuestro estudio lo constituye, por tanto, el análisis de algunas de éstas para verificar si la relación surgida es, verdaderamente, una comunidad o si, por el contrario, debe considerarse que estamos ante otro clase de negocio jurídico y, por consiguiente, deben ser de aplicación otras normas distintas a las contenidas en el título III del libro III CC. La cuestión no es baladí, pues de una u otra calificación dependerán cuestiones tan importantes como el contenido de los derechos y obligaciones de los sujetos, entre sí y respecto de terceros, y también el régimen jurídico aplicable para el caso de disolución de dichas situaciones.

¹ Las razones de contenido económico que inspiran la aparición y desenvolvimiento de este tipo de copropiedades son de muy distinto signo. Aunque, en el terreno inmobiliario, responden fundamentalmente a una aspiración que conecta con un moderno sentido de la denominada «calidad de vida»: la de acceder a la propiedad de una vivienda que cuente con el mayor nivel posible de infraestructuras y dotaciones materiales. De tal manera, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ COSTALES, «Las urbanizaciones y la propiedad horizontal», *AC*, 1, 1995, pp. 149-150, el mercado inmobiliario ha venido a convertirse en un verdadero canalizador de la inversión y del ahorro. La vivienda deja de ser así un bien de uso para convertirse en un bien de consumo.

Sobre los factores que determinan la difusión y proliferación de este fenómeno inmobiliario puede verse también RAYNAUD, *La copropriété dans les grandes ensembles immobiliers*, París, 1978, pp. 59 ss.; y BASILE, «I complessi residenziali», *RDC*, I, 1992, pp. 37-38.

² FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, «Aproximación al estudio de nuevas categorías de cotitularidad jurídica: las comunidades funcionales y los «fondos de gestión», *RCDI*, 592, 1989, p. 618, enumeran varios ejemplos de esta situación, para los que la normativa del Código civil en materia de comunidad (arts. 392 a 406) es, en su opinión inservible: los llamados «clubes de inversión», la figura jurisprudencial de la «comunidad societaria», las comunidades *ad edificandum* en la prehorizontalidad, los denominados fondos de gestión, etc. A estos supuestos pueden añadirse, según otros autores, algunos más; en especial, comunidades sobre garajes, multipropiedad, elementos comunes en las urbanizaciones privadas. Cfr. también ALBIEZ DOHRMANN, *Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales*, Barcelona, 1992, pp. 35-37.

II. DELIMITACIÓN: LA ACEPTACIÓN DE LA FIGURA EN ESTUDIO

A) El fundamento económico

Las situaciones a las que aludimos constituyen comunidades de nuevo corte, surgidas al amparo del crecimiento y modificación del tráfico jurídico. Por lo general, vienen a ser producto de una exigencia social indebidamente ignorada por el rígido romanismo de los textos legales y a las que, en esencia, es inaplicable en principio la acción de división (configurada como absoluta e irrenunciable por nuestro Código civil), siempre que cumplan un destino económicamente ventajoso: en otras palabras, cuando respondan una finalidad económica plausible³. Nos referimos con esto a la existencia de lo que denominamos comunidad funcional. Figura cuyos contornos jurídicos no se encuentran del todo perfilados y de la que ni siquiera existe unanimidad respecto a su aceptación⁴.

Sin embargo, cada día es más frecuente la presencia de una copropiedad que, al contrario de lo que acontece con las comunidades habitualmente conocidas, se caracteriza por no suponer una inmovilización del tráfico jurídico sobre los bienes que la constituyen. Es decir, copropiedades que no menoscaban el principio de libertad de circulación de los bienes que se persigue por el legislador cuando, de un lado, proscribiera la duración indefinida del pacto de indivisión y, de otro, favoreciera, mediante el ejercicio de la *actio communi dividundo*, la salida de los bienes de la situación de estaticidad que implica la comunidad, alentando con ello el tránsito de las cosas de unos titulares a otros.

Desde otro punto de vista puede afirmarse que, de la misma manera que hay unas comunidades cuyos efectos son nocivos para

³ Cfr. RIZZI, «I beni, il tempo, la multiproprietà», *Q*, 1991, pp. 126 y 127; MUNAR BERNAT, *Presente y futuro de la multipropiedad*, Madrid, 1992, p. 112.

⁴ El antecedente doctrinal más caracterizado lo constituye la expresión *comunidad social* acuñada por PELAYO HORÉ, «La indivisión perpetua en el Código civil», *RDP*, 305, 1942, pp. 460 ss., para referirse a un concreto tipo de situaciones que en esencia conformaba una comunidad de bienes pero que, al mismo tiempo, participaba de las características fundamentales de la sociedad, pues no constituía un fenómeno de equilibrio inestable, como lo es la indivisión, sino que disfrutaba de la estabilidad y permanencia propias de la sociedad. Esta primera noción se ha ido desarrollando en el panorama doctrinal, en ocasiones con distinta suerte terminológica, y ha sido utilizada como referente para aludir a un tipo de copropiedad que destaca por la nota de su funcionalidad. *Id.*, a este respecto, la alusiones a las denominadas «comunidades de fin subordinados», en AZPITARTE CAMY, «Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», *RDN*, 36, 1979, p. 222; o ya con el uso de la expresión «funcional», en NÚÑEZ IGLESIAS, *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, 1995, p. 89, y PÉREZ PÉREZ, *Propiedad, comunidad y finca registral*, Madrid, 1995, pp. 201 ss.

el desenvolvimiento económico (y, por consiguiente, tienen el remedio de la acción de división del art. 400 CC), en ocasiones existen otras socialmente ventajosas, productivas, que por definición rechazan la posibilidad de su disolución. En tales casos la acción divisoria parece no tener sentido y más que remedio parece un inconveniente que el Derecho crearía torpemente⁵, en cuanto su ejercicio comportaría la realización de un valor netamente inferior al representado por la suma de los valores de las cuotas individuales⁶. O, en otras palabras, el derecho a pedir la división es una regla de orden público porque se corresponde con un principio de eficacia económica y, por consiguiente, su aplicación debe efectuarse con mucha prudencia cuando se tenga la fundada sospecha de producir un resultado insuficiente. Por lo que en ciertos casos su admisión sería tanto como ir contra el propio Ordenamiento⁷.

B) El fundamento jurídico

Por las razones que expondremos a continuación, la admisión de una indivisión funcional en la línea que proponemos, esto es, la de una copropiedad indivisible, económicamente beneficiosa, generadora de provecho para sus integrantes, puede sustentarse, a nuestro juicio, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 401, párrafo 1.º CC. Siempre y cuando la interpretación de este precepto se efectúe de la manera que viene demandando la doctrina más reciente: es decir, mediante una interpretación autónoma de dicha norma, desvinculada por entero de lo dispuesto en el artículo 404 CC y entendida en el sentido que preconizan tanto sus precedentes históricos como su inserción en el marco general de la regulación de la comunidad de bienes del Código civil⁸. Por esta vía es factible

⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, «Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como propiedad», *RDR*, 14, 1987, p. 42.

⁶ Cfr. TONDO, «Multiproprietà e funzione alberghiera», *RN*, 1984, pp. 837 ss.

⁷ En este sentido, GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 665. De manera casi matemática lo explica CHIODI, «La multiproprietà immobiliare dopo vent'anni», *GI*, 4, 1992, p. 94, cuando señala que «el ejercicio de la cláusula de divisibilidad está justificada si y sólo si resulta efectivamente que el valor de mercado de la cuota (V_q) es menor que el valor de mercado del bien *pro quota* (V_b/q). Pero supongamos ahora que $V_q > V_b/q$. En tal circunstancia ninguno de los copropietarios tendrá interés en pedir la división y probablemente ninguno la pedirá. Podemos sin embargo teorizar sobre la hipótesis de un copropietario que, por cualquier razón más o menos honesta, pida la división. En tal caso la división daría lugar a una situación de ineficacia. La misma, de hecho, impondría la conversión de mayor eficacia económica a una situación de menor eficacia. La cláusula de orden público vendría, en sustancia, a desenvolver una función opuesta a aquella que la *mens legis* ha pretendido asignarle».

⁸ Sin ninguna exhaustividad, pueden destacarse entre otros, en el panorama doctrinal de los últimos años, CAPILLA RONCERO, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, p. 404; CRESPO ALLUE, *La división de la comunidad de bienes*, Vallado-

entonces aceptar la existencia de una comunidad funcional en la que puedan encontrar acomodo, sin tener que abandonar los márgenes marcados por el propio Código civil, aquellas nuevas manifestaciones de la vida jurídica destinadas a satisfacer concretas y reales necesidades de quienes comparten en régimen de comunidad el dominio de unas mismas cosas⁹.

Tal entendimiento del artículo 401.1.º CC puede llevarse a cabo a través de dos criterios determinantes en esta materia: de una parte, la vinculación del precepto a sus antecedentes históricos y, de otra, la interpretación sistemática del mismo.

1. DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO DE LA NORMA

Teniendo en cuenta los diversos antecedentes, ya sean los inmediatos ya los remotos, es posible obtener como conclusión que la norma de referencia excluye la acción de división y obliga a permanecer en comunidad a los cotitulares de un mismo bien, siempre que el destino de la cosa haga exigible dicha permanencia.

a) *Los precedentes inmediatos*

El precedente más cercano de nuestra disposición lo constituye el artículo 683 CC italiano de 1865, del cual se tomó para la redacción del artículo 403 del Anteproyecto español de 1882; de donde, con muy ligeras variaciones, pasó al Código de 1889. Pero este

lid, 1993, p. 134; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil patrimonial* (de J. L. Lacruz y F. A. Sancho), III-2.º, Barcelona, 1991, p. 484; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1993, p. 1106; MORENO TRUJILLO, *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuota*, Barcelona, 1994, pp. 31 ss.; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112; NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 113; PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, pp. 172 ss.

En un pasado reciente se encuentra esta postura en DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Insuficiencia normativa de la Ley de propiedad horizontal», en *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pp. 284 ss.; CARRETERO GARCÍA, «Comentario a la Resolución DGRN de 20 diciembre 1973», *RCDI*, 502, 1974, p. 636; AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 128; BRIOSO ESCOBAR, «Cuestiones sobre la comunidad de derecho romano y la facultad de pedir la división», *RDN*, 107, 1980, pp. 80 ss., y el propio MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales de M. Albaladejo*, V-2, Madrid, 1985, pp. 470 ss. Y, más distantes en el tiempo, cabe hacer referencia a COVIÁN, «División de bienes», *EJE*, XII, Barcelona, s. f., p. 380; CASADO PALLARÉS, «La acción "communi dividundo" y la propiedad sobre pisos y habitaciones», *RDP*, XVII, 1930, pp. 132 ss.; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, nota 4; GULLÓN BALLESTEROS, «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», *ADC*, XVIII-2, 1965, pp. 382 ss.

⁹ Sobre el beneficio jurídico que puede reportar esta interpretación, cfr. CARRETERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 636; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 617; SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, «"CB": Una nueva sigla en el tráfico jurídico», *RDM*, 196-197, 1990, p. 425; MUÑOZ DE DIOS, «Más sobre la multipropiedad», *LL*, 3369, 1993, p. 939.

artículo 683 del *Codice* (en el que se establecía que «la disolución de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que de dividirse dejarían de servir al uso al que están destinadas»), no tuvo siempre una misma redacción. Cuando aún era sólo un proyecto, contenía un elenco ejemplificativo de cosas sobre las que, de existir la comunidad, no podía operar la acción de división en ninguna de sus formas, material o económica. Enumeración que desapareció con la aprobación definitiva del *Codice* de 1865¹⁰.

Como resultado de esta ablación, se introduce un criterio ciertamente novedoso, consistente en extender la exclusión de la disolución de la comunidad a todas las cosas que, aun sin ser accesorias de otras principales, no podían materialmente dividirse so riesgo de que su destino desapareciese. La duda inicial se centraba en determinar si el legislador italiano quiso tan solo suprimir aquella enumeración, dada su inutilidad (ya que siempre sería incompleta) y su peligro (pues podía dejar fuera supuestos importantes que debían ser objeto de inclusión); o si, por el contrario, su ambición iba aun más lejos, queriendo instaurar un principio general de mantenimiento de la comunidad, para las cosas cuyo destino así lo demandaba, mediante la prohibición del ejercicio de la *communi dividundo*. Y, si atendemos a los argumentos de los intérpretes de este primer *Codice*, esta última debió ser la pretensión del legislador italiano¹¹. Prohibición que, en similares términos es recogida en el artículo 1112 del Código italiano vigente¹².

¹⁰ Vid. STOLFI, *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 359, donde indica que el artículo 792 del Proyecto del Ministro Cassinis establecía que «*lo scioglimento della comunione non potrà essere domandato dai comproprietari di aje, di forni, di pozzi o di altre cose che dividendose cesserebbero di servire all'uso cui sono destinate*». Sin embargo, en los proyectos posteriores (especialmente en los de los Ministros Miglietti y Pisanelli) aquella enumeración desapareció, pero se mantuvo el mismo espíritu del precepto que, con esta supresión, llegó a ser ley en la forma presentada en el Proyecto Pisanelli. Cfr. también, VITALEVI, *Della comunione dei beni*, III, Torino, 1901, pp. 1347 y 1348.

¹¹ Cfr. MATTEI, *Codice civile italiano*, II, Venezia, 1873, p. 454; PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, *La comunione dei beni nel Codice civile italiano*, Roma-Firenze, 1895, p. 383; BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, IX-3, Torino, 1900, p. 1082. Más tarde, se pronuncian también en este sentido, RICCI, *Corso teorico-prattico di Diritto civile*, V, Torino, 1907, p. 10; RAMPONI, *Della comunione di proprietà o comproprietà*, Napoli-Torino, 1922, p. 1085; JACHIA, «La teoría de la comunione», *EGI*, III-2. Milano, 1924, p. 172; SALIS, *La comunione*, V-2, Torino, 1939, p. 225.

Es frecuente en todos ellos traer a colación las palabras que el propio Ministro Pisanelli pronuncia en el informe que presenta al Senado, y de las cuales se concluye que, al eliminar el mencionado repertorio de bienes, el legislador quería impedir que cese la comunidad sobre cosas cuya utilidad quedaría totalmente perdida, ya para todos ya para uno de los copropietarios, si cesase la comunidad sobre la misma.

¹² Sobre la correspondencia entre los artículos 683 del Código de 1865 y 1112 del Código de 1942, vid. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 761; BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, Bologna-Roma, 1982, p. 285; LENER, *La*

b) *Los precedentes lejanos*

Pero, además, si se toma en consideración los antecedentes más lejanos, se aprecia que, tanto la disposición del actual artículo 1112 como la del antiguo artículo 683, conectan con un texto de Paulo, referido en *Digesto*, X, 3, 19, §1¹³, relativo al vestíbulo común de dos casas, y en el que se contemplaba la especial situación de indivisión en que venían a quedar determinados bienes pertenecientes a distintos propietarios y, a la vez, accesorios de otros, cuyo uso y disfrute estaban destinados a facilitar¹⁴.

Ciertamente, el supuesto no era en ningún caso susceptible de una aplicación incondicionada. A decir verdad, se encontraba sometido al yugo difícilmente flexible de la prohibición de indivisión perpetua en general¹⁵, pues la admisión de esta cláusula estaba sujeta a una condición rigurosa que restringía su desarrollo excesivo: el objeto indiviso debía ser necesario para los propietarios que lo tenían en común; su simple utilidad no era por tanto suficiente. En todo caso, quedaba claro que el texto de Paulo no establecía sino una regla general que iba más allá del simple caso concreto que tomaba en consideración: cuando un objeto indiviso era necesario para el disfrute de propiedades vecinas, este objeto estaba afectado por una indivisión perpetua¹⁶.

De esta manera se obtiene una primera aproximación al verdadero sentido de la norma del artículo 401 CC. Sus antecedentes muestran que, en realidad, contempla la existencia de comunidades respecto de las que no es posible su disolución y que, por tanto, no se encuentran afectadas por lo prescrito en el artículo 404 CC (adjudicación de la cosa a uno de los copropietarios o, caso contrario, venta de la misma y reparto del precio).

comunione, VIII-2, Torino, 1982, pp. 326 ss.; PALAZZO, «Comunione», *DDP*, III, Torino, 1988, p. 180; TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1998; BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano, 1999, p. 481.

¹³ *D. X, III, 19 § 1*, «*De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat, interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habet*».

¹⁴ Se trataba por lo general, como exponen FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*, Madrid, 1991, p. 35, de cosas afectadas a una función solidaria, de manera que en tanto uno de los copropietarios se opusiese, la disolución de la comunidad a través de la *actio communi dividundo* no podía tener lugar.

¹⁵ *D. XII, VI, 26, § 4. Ulp. ad Ed.*, «*In communionem vel societatis, nemo compellitur invitus detineret*».

¹⁶ Cfr. GOBEAUX, *Étude sur la clause d'indivision forcéeet perpetuelle en Droit civil français*, París, 1910, pp. 28 y 29.

c) *El posterior desarrollo del Código civil*

De otra parte, tal vez no sea necesario retroceder tanto en el tiempo. Que nuestro Código, en la norma de referencia, está aludiendo a comunidades indivisibles es algo que resulta no sólo de sus antecedentes. También podemos encontrar argumentos que apoyan esta postura en el propio desenvolvimiento del Código civil. En este sentido, el artículo 396, en su primitiva redacción, regulaba exclusivamente la repartición de los gastos entre los copropietarios de una casa dividida por pisos. Mediante la Ley de 26 de octubre de 1939, se reformó dicho precepto, y se estableció expresamente, para este modelo de propiedad, la existencia de un derecho singular sobre cada piso o parte de él y de una copropiedad sobre los elementos comunes. Mientras, el artículo 401 sólo contenía el que en la actualidad figura como primer párrafo. De esta manera, la reforma de 1939 supuso una interpretación legal de las disposiciones vigentes hasta entonces, por lo que no cambió nada en torno al primitivo reconocimiento de la existencia de comunidades indivisibles. Posteriormente, la Ley de 21 julio 1960 de Propiedad Horizontal introdujo el actual párrafo segundo, en el que se prevé la posibilidad de una división horizontal¹⁷.

De esta forma podemos decir que, en su origen, nuestro propio Código contemplaba, de un lado, la existencia de cosas peculiarmente comunes a varios propietarios (art. 396) y, de otro, la absoluta indivisibilidad de las mismas (art. 401). Probablemente pensando en aquellos casos en los que, al dividirse una casa por pisos o en otra forma, las partes contratantes dejaran en común la puerta, portal, pasillo, escalera, techo o cualquier otra dependencia que fuese necesaria para la explotación de los inmuebles divididos¹⁸. Claridad que se vio enturbiada merced a la sistemática introducida por las leyes de referencia, que vienen a colocar la excepción antes que la regla.

¹⁷ Para NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 104, esta reforma es determinante en la inteligencia del artículo 401 CC. Añade, en este sentido, que la *STS de 24 mayo 1943* declaró que la nueva redacción dada al artículo 396 «interpreta los artículos que el Código civil consagraba a esta materia» y, como ley aclaratoria, «ha de suponerse publicada en el momento en que lo fue aquella que se propone aclarar». Con lo que viene a reconocer la existencia originaria de una comunidad forzosa en nuestro sistema, anterior a la reforma del Código civil y a la legislación especial.

¹⁸ Cfr. BRIOSE ESCOBAR, *op. cit.*, pp. 89 y 90; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112; COVIÁN, *op. cit.*, p. 380.

2. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL PRECEPTO

Este otro instrumento viene a reforzar la interpretación que sostenemos. Es fácil comprobar cómo el artículo 401 se sitúa después de haber sentado el principio general de divisibilidad en el artículo 400, porque se quiere excepcionar la aplicación de este último en ciertos casos (cosas que, divididas, dejarían de servir al uso a que están destinadas). No se sitúa, por el contrario, junto al artículo 404, en el que se contempla otra categoría de bienes (cosas esencialmente indivisibles).

El artículo 401 empalma con el anterior, una vez propuesto por el legislador el principio de la libre disolución de la comunidad, y desenvuelve negativamente el mismo, al proscribir que esa libre disolución pueda darse en determinadas situaciones. Sin embargo, el artículo 404 se localiza con posteridad, no para consagrar o vedar la extinción de la comunidad (de lo cual los autores del Código ya se habían encargado unos preceptos antes), sino para disponer la manera en que dicha desaparición debe tener lugar cuando no es posible el fraccionamiento material de la cosa. En este sentido, debe resaltarse que el Codice italiano de 1865 no contenía, dentro de la regulación de la comunidad, una norma que hiciera referencia a cosas esencialmente indivisibles. Por lo que es probable que el codificador español adoptase el término «esencialmente» en el artículo 404 para aludir a los bienes que, por su propia naturaleza, resultan indivisibles; para contraponerlos a aquellos otros (a los que había hecho referencia con anterioridad en el art. 401), que son indivisibles no por naturaleza, sino por su destino. De ahí que ambos preceptos vendrían a hacer referencia a dos situaciones bien distintas ¹⁹.

En definitiva, el párrafo primero del artículo 401 establece la excepción a la regla del artículo anterior, esto es, dice lo que no se puede hacer o, en otras palabras, en qué casos no es aplicable la regla general. Por el contrario, el artículo 404 dice lo que debe hacerse o, mejor, cómo debe hacerse, bien entendido que se refiere a cosas, a comunidades, en las que es aplicable la regla general. Colabora al sostenimiento de esta opinión el hecho de hallarse, al contemplar el plan del Código, el artículo 401 emplazado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división, luego de la regla general contenida en el artículo 400, que establece la no obligación de permanecer en la comunidad un copartícipe contra su voluntad. El artículo 401 en su párrafo primero encierra la excepción, mien-

¹⁹ Cfr. PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 174.

tras que el artículo 404 está situado al regular la forma de realizarse la división ²⁰.

Nótese, asimismo, que tradicionalmente se han olvidado los términos iniciales del precepto («Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior...»). Y el artículo anterior recoge, por este orden, el principio general de no vinculación a la comunidad, la acción de división y una primera excepción al ejercicio de ésta: la indivisión pactada. Es decir, que el Código civil, después de haber permitido que cualquiera de los comuneros pueda, en cualquier momento, exigir la división de la cosa, o lo que es lo mismo, después de conceder al comunero la acción de división para que la ejercite cuando lo considere conveniente, le pone un «pero» (el sin embargo con que se inicia el artículo siguiente) ²¹. Esto es, los artículos 400 y 401, 1.º (cuyo enlace a través de dicho sin embargo con que comienza este último es claro), tratan de si procede o no la acción de división; tratan del si, mientras que el artículo 404 trata del cómo ²².

Aceptar lo contrario es tanto como admitir la existencia de dos acciones de división, en función de que el bien sea o no divisible. Y lo cierto es que sólo existe una acción cuyo resultado final será la división material de la cosa o su adjudicación o venta, según la divisibilidad o indivisibilidad de aquélla. Por esto mismo, no resulta muy acertado entender que el artículo 401 excluye la división material pero no la adjudicación o venta. Si el artículo 401 impide el ejercicio de la acción divisoria, la impide con todas sus consecuencias ²³.

III. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

En los escasos trabajos conocidos donde se aborda la comunidad funcional puede apreciarse una conducta común en los autores: evitan dar una definición de la figura. Bien es verdad que todos, en mayor o menor medida, procuran fijar sus características más singulares, intentan diferenciarla de otras instituciones e, incluso, llegan a plantearse el alcance de sus efectos. Sin embargo, ninguno

²⁰ BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 83.

²¹ MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, p. 46.

²² MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 471. Añade, además, que por esto mismo el párrafo 2.º del artículo 401 (introducido en 1960) hubiera estado quizá mejor situado en el artículo 404 CC. Pero no hay que olvidar que en todo caso este párrafo 2.º presupone, como hace también el párrafo 1.º, una comunidad estable, es decir, sin acción de división, respecto de los elementos comunes.

²³ Cfr. CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 134.

que hayamos visto expone un concepto de la misma. Un positivo acercamiento lo constituye, no obstante, la idea expresada por Pérez Pérez, según el cual el calificativo de funcional, aplicado aquí a la comunidad, parece motivado por el hecho de que se trata de explicar con esta fórmula comunitaria situaciones jurídicas plurilaterales que tienen por objeto bienes inmuebles atribuidos en cuotas indivisas con unidad de destino, en función de ese destino predeterminado por la naturaleza del inmueble común o acordado convencionalmente por los propietarios ²⁴.

En cualquier caso, la dificultad en la obtención de un concepto del fenómeno propuesto puede ser la consecuencia de una constante en esta materia: la falta de acuerdo por parte de quienes la han estudiado en torno, como veremos, a ciertas condiciones y elementos de tal comunidad. Ello, unido a su relativa modernidad, si no en cuanto a su presencia en la vida real, sí respecto a su categorización jurídica, dan como resultado el que aun hoy no encontremos un concepto de la misma ²⁵. Todo lo cual supone que los intentos al respecto queden en meras descripciones de sus aspectos más sobresalientes. Así, se dice que es esencialmente una comunidad de bienes que presenta algunas de las características fundamentales de la sociedad. Otras veces, que se trata de situaciones jurídicas estables de cotitularidad. Y, en ocasiones, que consiste en un tipo de comunidad equidistante entre la comunidad típica y la sociedad civil ²⁶.

Como puede apreciarse, en ningún caso se ofrece un concepto diáfano y unívoco que muestre con claridad la esencia de esta figura. Y es probable, en tanto no avancen los estudios en la materia, que sigamos sin contar con ese deseable instrumento que contribuya a fijar de manera más segura la presencia de este modelo comunitario en el orden jurídico. De todas formas, algo es seguro: todas estas tentativas cooperarán, más tarde o más temprano, a una completa delimitación de aquélla. Y así se puede ir percibiendo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

²⁴ PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 201.

²⁵ Al margen de que la comunidad funcional existiese o no de hecho, como advirtió profusamente PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 459, a través de las diversas situaciones que planteaba (y que ni siquiera, según sus propias palabras, agotaban la serie de hipótesis más frecuentes), lo cierto es que fue en la *Resolución de la DGRN de 18 mayo 1983* cuando por primera vez se aceptó oficialmente su existencia; es decir, cuando adquirió carta de naturaleza en nuestro Derecho. Cfr. PAU PEDRÓN, *Comentario a la Resolución DGRN de 18 mayo 1983*, ADC, 3, 1983, p. 936.

²⁶ *Vid.*, entre otros, PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 460; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 618; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112.

IV. SUS CARACTERES

Distintas características son las que se han reconocido en la comunidad funcional. Algunas resultan de unánime admisión por quienes han reparado en la existencia y condiciones de aquella. Otras no cuentan con tanta adhesión, dada la contraposición de argumentos favorables y opuestos a las mismas. Por esto circunscribiremos la exposición a la de los rasgos que suelen encontrar una mayor aceptación doctrinal, sin perjuicio de hacer constar, en su caso, las discrepancias existentes al respecto de algunos de ellos.

A) Voluntariedad

Una de las notas comúnmente aceptada es el origen convencional de la comunidad funcional. En la mayoría de los casos se da nacimiento a esta figura mediante un acuerdo de las diferentes personas que van a ser sus copartícipes. Para lo cual puede tomarse en cuenta las dos posibles fuentes de la comunidad: la que nace por pacto y la que surge sin acuerdo alguno. Y se advertirá que, en la primera, se trata por lo general de una copropiedad buscada, querida e instituida por voluntad de los propios sujetos, sin que sea merecedora de la misma desconfianza que provoca la que emerge de espaldas al deseo de los comuneros. Por ello se dice que, frente a la incidental, la voluntaria se acomoda mejor a la realización del fin perseguido por sus creadores, con independencia de cuál haya sido el medio negocial elegido²⁷.

Ahora bien, algunas observaciones se han hecho a propósito de este pretendido carácter convencional. En primer lugar, se ha querido identificar la voluntariedad tan sólo con una de las modalidades posibles de constitución o mantenimiento de la comunidad funcional, como es el convenio o acuerdo de los interesados. Siendo así que se puede, voluntariamente, formar parte de una comunidad sin necesidad de concierto con otras personas. Pues de forma voluntaria se adquiere una herencia, una donación y, también, a través de un contrato con eficacia traslativa del dominio. Y no puede negarse que, en cualquiera de estos casos, existe comunidad si al mismo tiempo hay una pluralidad de sujetos adquirentes. Pero es que el origen convencional de la comunidad exigirá a menudo un contrato

²⁷ Cfr. AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 120; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 460; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 619.

entre los comuneros y esto mismo es lo que pasa cuando se concierta una sociedad ²⁸.

De otra parte, si sobre la base de la convención no sólo se desea crear la copropiedad, sino también, y especialmente, modular su contenido con determinación de las facultades de que se gozará en virtud del denominado principio de autonomía del Derecho patrimonial, habrá de tenerse en cuenta, de un lado, que el derecho real pleno, el dominio, no admite formas atípicas; y de otro, que resulta más que discutible la aplicabilidad de aquel principio a la determinación del contenido de las relaciones jurídico-reales resultantes de la iniciativa de los particulares ²⁹.

B) Estabilidad y permanencia

Otra de las características que ha concitado mayor acuerdo es la perdurabilidad de esta forma de comunidad. Frente a la inestabilidad que por lo común presenta la copropiedad ordinaria, la comunidad funcional se caracteriza principalmente por su vocación de continuidad. Así, se ha negado que se trate, como en la indivisión ordinaria, de un fenómeno de equilibrio inestable. Por el contrario, el modelo planteado se define precisamente por su estabilidad y permanencia. Estas notas derivan en concreto de las ventajas socio-económicas que estas comunidades implican, de manera que se opera un desplazamiento de las ideas de rechazo legal y transitoriedad, en favor de su mantenimiento y protección ³⁰.

Los mismos beneficios que generan estas formas de agrupación suponen la inadmisibilidad de los reproches enunciados. Se trata, en suma, de un condominio que se quiere como situación permanente, no transitoria o pasajera. Y ello, por la poderosa razón de la rentabilidad que conlleva para quienes forman o van a formar parte subjetiva de aquél ³¹.

²⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 480. En contra, TRUJILLO CALZADO, *La constitución convencional de comunidades. El contrato de comunicación de bienes*, Barcelona, 1994, pp. 54 ss.

²⁹ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, 1995, p. 101. SEISDEDOS MUÑO, «Apuntes para la configuración jurídica de la multipropiedad en Derecho español», *RCDI*, 597, 1990, p. 433.

³⁰ BIANCA, *op. cit.*, pp. 531 y 532; CHIODI, *op. cit.*, p. 96; NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, pp. 290 y 291.

³¹ Esta nota de estable perdurabilidad ha sido sostenida a menudo por los autores que de una u otra manera analizan copropiedades del tipo que planteamos. En este sentido, *vid.* AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 136; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 638; PAU PEDRÓN, «Configuración jurídica de la multipropiedad en España», *RCDI*, 584 (1988), p. 21; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «La multipropiedad y la acción de división», *RDR*, 11-12, 1985, p. 71. Y goza además de un considerable predicamento en la

C) Indivisibilidad

La primera y principal consecuencia de esta peculiaridad es la exclusión de la acción divisoria: ésta no será susceptible de ejercicio ya que, por su propia configuración, la denominada comunidad funcional preconiza la imposibilidad de su extinción mediante el ejercicio de la *communi dividundo*. En este tipo de copropiedades la acción de división no se presenta como un elemento constitutivo. Es más, desde el punto de vista estructural se caracteriza precisamente por lo contrario: la indivisibilidad constituye en esencia un rasgo definidor de esta clase de agrupaciones, que la dota de un valor jurídico ciertamente especial.

Cómo pueda o deba articularse legalmente tal exclusión es algo sobre lo que no hay coincidencia. No obstante, se pueden distinguir tres posiciones al respecto que, con matices, aglutinan los diversos criterios sustentados: E incluso puede afirmarse que en ocasiones se sostienen un determinado razonamiento que se apoya en el juego de diferentes argumentos legales.

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Según este criterio, la imposibilidad de dividir encontraría su justificación en el principio de autonomía de la voluntad postulado, con carácter general, en el artículo 1255 CC y, de manera específica, en el artículo 392, 2.º *a senso contrario*. Es decir, el acuerdo de los copartícipes en estos casos no tendría por objeto la simple regulación del modo en que deberá ejercerse el derecho de cada uno; sino que, propiamente, determinará el contenido de la relación entre ellos, configurando una copropiedad en la que la acción de división ha quedado eliminada³². De forma que la voluntariedad hace inadecuada e injusta la aplicación de esta acción en los términos en que la regula el Código civil³³. Para evitar este nocivo resultado valdría, entonces, la suscripción de un pacto de indivisión intemporal por los propios interesados.

doctrina de la DGRN: *vid. Resoluciones DGRN de 18 y 27 mayo 1983, de 20 febrero 1989 y de 4 marzo 1993*. En Italia, pueden verse, entre otros, RIZZI, *op. cit.*, p. 126; BASILE, *op. cit.*, pp. 41 y 42; VINCENTI, *Comunione residenziali*, Padova, 1995, pp. 96 y 97.

³² Cfr. NATUCCI, *op. cit.*, pp. 296 y 297.

³³ *Vid.* AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, pp. 121 y 137; SÁENZ DE SANTAMARÍA VIerna, *op. cit.*, p. 427; PAU PEDRÓN, *op. cit.*, nota 31, p. 19. En Italia, igualmente, TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 554; DANUSO, «Comunione e multiproprietà immobiliare», *GI*, I-2, 1982, p. 514.

2. INDIVISIBILIDAD POR EL DESTINO

Desde otro ángulo, se ha creído ver la razón de esta limitación en las palabras del artículo 401, 1.º CC, el cual impediría que se pudiera exigir la división de la cosa cuando resultara inservible para el uso a que está destinada³⁴. El destino reconocido en el precepto se configura entonces como causa motora de la indivisibilidad, sin que esté ligado necesariamente a un acuerdo inicial, pudiendo ser inherente lo mismo a una comunidad voluntaria que a una comunidad incidental³⁵. En todo caso ha de darse una relevancia especial al convenio por el cual se determina voluntariamente tal destino, a pesar de que ello suponga una evidente ampliación del inicial ámbito objetivo de la norma³⁶.

Así, se considera primordial la finalidad buscada de propósito al constituir una comunidad de este corte. Es decir, los copropietarios no tendrían derecho a pedir la división cuando el destino de la cosa constituya el motivo único o determinante de la vinculación entre aquéllos; o, en otras palabras, cuando la cosa no es divisible por el modo en que ha sido considerada por los partícipes³⁷. De tal manera, esta clase de comunidades no podrá disolverse en tanto no se haya obtenido el fin perseguido³⁸. Lo cual, por otra parte, vendría a poner en evidencia que la celebración de un pacto de indivisión para excluir indefinidamente la acción divisoria es de todo punto innecesario, por superfluo³⁹.

3. INDIVISIBILIDAD NATURAL

En último término, existe otro pensamiento que, por una parte, rechaza la operatividad del principio de autonomía de la voluntad,

³⁴ Cfr. CASADO PALLARÉS, *op. cit.*, p. 134; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 462.; BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 84.

³⁵ LENER, *op. cit.*, p. 327.

³⁶ Idea de amplio predicamento en la doctrina italiana con respecto al artículo 1112 del Código de dicho país. Entre otros, *vid.* DE CUPIS, *La durata della proprietà turnaria*, GI, IV, 1983, pp. 194 y 195; SANTORO-PASSARELLI, *Multiproprietà e comproprietà*, RTDPC, 1984, p. 19; PALAZZO, *op. cit.*, p. 180; AUTORINO, *Natura giuridica della multiproprietà*. Napoli, 1989, p. 29; GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I. Milano, 1991, pp. 643 ss.; RIZZI, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

³⁷ CONSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*. Napoli, 1967, p. 287.

³⁸ LENER, *op. cit.*, p. 327. También en España se ha efectuado esta afirmación con respecto a situaciones tan singulares como la de la comunidad *ad edificandum*. Cfr. BATISTA MONTERO-RIS, «Comunidad para edificar», *RDP*, LIII, 1979, p. 103.

³⁹ Así, MINUSSI, *Multiproprietà, tra modello reale e societario*, ICG, 2, 1992, p. 224, aunque no desdeña la función cautelar más que justificada que en la praxis desempeña este pacto, como instrumento para asegurar en la medida de lo posible la inescindibilidad del bien. Cfr. también, MALUQUER DE MOTES BERNET, *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» en el Código civil*, Madrid, 1992, p. 189.

con cualquier manifestación que se intente presentar; y por otra, fundamenta la exclusión de la *actio communi dividundo* en una concreta interpretación del artículo 400 CC, según la cual la misma no es procedente cuando su ejercicio no tiene razón de ser. Es decir, consideran que la posibilidad contemplada en este precepto será sólo viable en el caso de comunidades socialmente desventajosas o antieconómicas, y no si de comunidades económicamente provechosas se trata.

Así, se ha argumentado que la justificación de la indivisibilidad sobre la base de la autonomía de la voluntad no es convincente, dado el carácter imperativo del artículo 400, que se impone a la libertad de pacto reconocida en los artículos 392, 2.º, y 1255 CC. Pues, en otro caso, es decir, considerar que la pura y simple voluntad privada (prescindiendo del todo de la objetiva función de la cosa), pueda bastar para convertir en esencial el destino a un determinado uso del bien, en el sentido y a los efectos del artículo 401, 1.º, CC, implicaría privar de toda eficacia la prohibición contenida en el artículo 400 CC⁴⁰. Es más, la regla de los artículos 392, 2.º, y 1255 CC estarían haciendo referencia al ámbito interno de la relación de los comuneros y tendrían un alcance meramente obligatorio; mientras, el artículo 400, 1.º, CC atiende al modo de ser de un derecho real y constituye una regulación relevante también en el plano externo. Aplicar, por tanto, reglas de relevancia subjetiva, peculiares de las obligaciones, a esta situación jurídico-real equivaldría a trastornarlo, connotándolo de aspectos propios de las relaciones obligacionales⁴¹.

Por tanto, la exclusión de la facultad divisoria se encuentra más exactamente en la desaparición de la causa misma de la acción. Eliminación que se producirá de manera natural habida cuenta de la aceptación social de esta situación comunitaria, que se traduce en la mejor circulación de la parte que el todo⁴². Esa misma conveniencia económica implica, entonces, la desaparición de las razones que se argumentan para justificar la pervivencia de la acción divisoria⁴³. En definitiva, de la conjugación de los artículos 400

⁴⁰ Tanto en el sentido de hacer ilusorio el derecho a dividir, como en el de violar la prohibición de duración ultradecenal del pacto de indivisión. En la doctrina italiana plantean esta cuestión, SANGIORGI, *Multiproprietà immobiliare e funzione del contratto*, Napoli, 1983, pp. 29 y 30; CONFORTINI, «Multiproprietà», *EGT*, XX, Roma, 1990, pp. 2 y 3; BASILE, *op. cit.*, p. 66, con respecto a los artículos 1111 y 1112 *Codice*, equivalentes en esencia, como hemos visto, a los artículos 400 y 401, 1.º, del Código español.

⁴¹ MINUSSI, *op. cit.*, p. 224; SANGIORGI, *op. cit.*, p. 28

⁴² Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 50.

⁴³ MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 139; CHICO Y ORTIZ, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 4 marzo 1993», *RCDI*, 624, 1994, p. 2090.

y 401, 1.º, CC puede deducirse que la comunidad funcional se caracteriza por estar desprovista de acción de división; cuyo ejercicio (exista o no un pacto que la excluya) supondría un verdadero abuso del derecho ⁴⁴. Ahora bien, que este modelo de comunidad, estable y permanente, no disfrute de la acción en cuestión, no significa que haya de durar indefinidamente. Puede ocurrir que, con el tiempo, la comunidad no responda a los tan plausibles fines que determinaron su nacimiento y conservación. Renacerá entonces la posibilidad de extinguirla mediante el ejercicio de la *communi dividundo* ⁴⁵.

D) Finalista

Suele apuntarse también que en estos casos estamos ante cosas que cumplen un fin concretamente señalado; bienes que cuentan con un destino determinado y permanente. Pero, además, no se trata de cualquier finalidad que satisfaga los intereses individuales de cada uno de sus cotitulares. Ha de tratarse, necesariamente, de fines colectivos, de manera que su consecución no sea posible sino mediando el mantenimiento de la agrupación ⁴⁶.

En tal sentido, existen comunidades en las que el provecho obtenido por cada titular es independiente del logrado por los restantes partícipes, de manera que la utilidad de cada uno será siempre la misma, al margen de que la cosa se divida o permanezca en comunidad. Sin embargo, en otros casos se proporciona a los comuneros un rendimiento económico que no es sólo la suma de las distintas utilidades, sino que representa un fin común a todos ellos, de tal forma que el único modo de conseguirlo es el mantenimiento de la copropiedad. Ésta debe, por tanto, aprovechar o servir a dos o más titulares de la cosa. De manera que se constituirá, así, en una «copropiedad de intento o destino» ⁴⁷.

Dejando a un lado las diferencias doctrinales ⁴⁸ existentes en torno a la determinación subjetiva u objetiva del fin, también se ha exigido que esté dotado de una cierta estabilidad. Es decir, será necesario, si se admite la figura de la comunidad funcional, aceptar

⁴⁴ AZPITARTE COMY, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁵ Así, CHIODI, *op. cit.*, pp. 94 y 95; LENER, *op. cit.*, p. 327; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 480; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁶ MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁷ Cfr. NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 139 ss.; BRIOSE ESCOBAR, *op. cit.*, p. 90; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, pp. 460 y 461; AZAUSTRE TORRECILLA, «Multipropiedad: propiedad por turnos», *BICNG*, 3, 1981, p. 597.

⁴⁸ *Vid.*, por todos, NATUCCI, *op. cit.*, pp. 266 ss.; GERBO, «Il problema della tipicità dei diritti reali», *IN*, 8-9, 1998, pp. 37 ss.

la vinculabilidad o permanencia del fin como una característica más de este tipo de comunidades ⁴⁹.

E) Accesoriedad

En este aspecto emergen las dudas respecto a si la cosa objeto de la comunidad funcional ha de ser accesoria de otra de titularidad privada de los comuneros o si, por el contrario, es admisible que el bien desempeñe su función prestando una utilidad específica a sus titulares, sin que a la par exista esa indisoluble unión a otros como principales en la relación.

En este orden, se ha defendido la posibilidad de constituir un condominio sobre un bien que presta aprovechamiento en sí mismo, sin necesidad de subordinación o dependencia con otro ⁵⁰. Para ello bastaría tener en cuenta que, sin efectuar una interpretación menos respetuosa de la letra de la ley, puede atribuirse a la norma un mayor campo de operatividad. En este sentido, se puede pensar, de hecho, que el artículo 401, 1.º, CC es aplicable no sólo a los casos en los que la indivisibilidad viene dada por la naturaleza misma de la cosa, sino también a las hipótesis en las que se le haya asignado voluntariamente un vínculo de destino ⁵¹. La ventaja fundamental de esta consideración estaría en la oportunidad de dar viabilidad, dentro del cauce de la regulación de la copropiedad del Código civil, a situaciones de hecho que no han contado con una reglamentación explícita ⁵².

Sin embargo, el principal obstáculo es la disconformidad con una interpretación basada en los antecedentes históricos del supuesto legal al que se suele acudir (arts. 401, 1.º, CC español y 1112 CC italiano), que restringe el ámbito objetivo de la norma ⁵³. Y así, se contemplarían solamente aquellos casos en los que el destino se determina objetivamente, *ex re*. Es decir, se comprenderían, por un lado, las cosas que reportan utilidad personal exclusivamente a los comuneros (de forma que dadas a otro no tendrían mayor valor) y, por otro, las cosas útiles no en sí mismas, sino en relación con otras

⁴⁹ AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 118; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 638.

⁵⁰ En la doctrina italiana, entre otros, DANUSO, *op. cit.*, p. 514; DE CUPIS, *op. cit.*, p. 195; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 25. En la española, AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 130; BRÍOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 90; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 98.

⁵¹ NATUCCI, *op. cit.*, p. 289; FRAGALI, *La comunione*, I, Milano, 1973, p. 325.

⁵² Es lo que sucede entre un amplio sector de la doctrina italiana con respecto a la multipropiedad. *Vid.*, por todos, TASONI, «Multiproprietà», *RDC*, II, 1996, pp. 693 ss.

⁵³ Cfr. FEDELE, *La comunione*, III-5, Milano, 1967, pp. 354 ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 47.

cosas, esto es, puestas a su servicio de modo duradero⁵⁴. Por esto es frecuente que se prefiera exigir la concurrencia del elemento de la accesoriedad que parece formar parte del fundamento de la norma⁵⁵.

Por otro lado, incluso aceptada la accesoriedad de la cosa, la conveniencia de admitir una comunidad funcional sobre determinados bienes ha sido puesta de manifiesto como expediente apropiado para configurar jurídicamente un conjunto de experiencias del tráfico económico cuya ubicación no aparece del todo clara, como es el caso de los elementos comunes de los garajes en copropiedad o, en su momento, los relativos a las urbanizaciones privadas⁵⁶.

F) Organización

Un último carácter lo constituye la necesaria organización de que ha de estar dotada esta comunidad. En este tipo de copropiedades, en las que se persigue la realización de un fin colectivo común a todos los partícipes, las relaciones y contactos entre los mismos no sólo son permanentes, sino también intensos, de suerte que se requiere una organización suficiente para la consecución de los fines buscados y queridos al crear la indivisión. En tal aspecto será determinante la ordenación interna de que se doten, a través de su propio reglamento, los miembros de la agrupación⁵⁷. Llega a ser preciso, en ocasiones, la creación de verdaderos órganos para la gestión colectiva de lo que es común⁵⁸.

Difícilmente se obtendrá este resultado con la exigua ordenación prevista en los artículos 392 y siguientes del Código. Deberá exigirse a menudo una más completa cobertura del compendio de relaciones que se mantiene entre los copropietario. Y ese algo más vendrá determinado por contar con una organización que, con fre-

⁵⁴ Cfr. BRANCA, *op. cit.*, p. 286; FEDELE, *op. cit.*, p. 355; DOSSETTO, «Comunione», *NDI*, VII, Torino, 1957, p. 874; BURDESE, *La divisione ereditaria*. Torino, 1980, pp. 150 y 151.

⁵⁵ CALÓ Y CORDA, *La multipropiedad*, Madrid, 1985, pp. 251 ss.; CASELLI, *La multiproprietà. Problemi giuridici*, Milano, 1983, pp. 42 ss.

⁵⁶ Cfr. ARNAIZ EGUREN, *Los aparcamientos subterráneos*, Madrid, 1993, pp. 144 y 165; MENCHÉN BENÍTEZ y MENCHÉN HERREROS, «Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje, Copropiedad», *RCDI*, 541, 1980; CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, p. 404; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 248.

En todo caso, el propio BARASSI, *op. cit.*, p. 762, ya había manifestado la conveniencia de procurar una contemplación más abierta de la norma, desvinculada de sus precedentes históricos, y seguir los criterios de una interpretación histórico-evolutiva más amplia. De esta suerte —consideraba este autor— se podía interpretar con medios propios el precepto en cuestión y extenderlo a nuevas categorías de casos.

⁵⁷ NATUCCI, *op. cit.*, p. 267 y AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁸ CHIODI, *op. cit.*, p. 95; RIZZI, *op. cit.*, pp. 120 ss.

cuencia, participará de algunas de las notas de la sociedad ⁵⁹. Lo que, por otra parte, determina un acercamiento de esta comunidad a la fórmula societaria, con las consiguientes dificultades a la hora de establecer una nítida separación entre una y otra. En este orden, se ha afirmado que la presencia de una organización de carácter colectivo, siquiera sea embrional, pone de manifiesto la pertenencia de ambas categorías jurídicas a un mismo modelo de agrupación: la denominada «comunidad de intereses»; fórmula que comprendería todas las situaciones jurídicas en las que existe un interés común a más de un sujeto, en especial sociedad, asociación y comunidad. Y en las que se reconocerían características típicas de las relaciones asociativas, tales como una coexistencia de intereses, que se satisface en el grupo y mediante la actividad que se desarrolla; una organización unitaria, basada tanto en los poderes de la mayoría y, correlativamente, los deberes de sumisión impuestos a la minoría, como en el establecimiento *ex profeso* de una organización administrativa que asegure la unidad y la continuidad de la gestión ⁶⁰.

Sin embargo, tal construcción no parece aceptable en la medida en que tales formas no reciben la misma consideración legislativa, faltando en el ordenamiento normas comunes a todas ellas que sean aplicables por el hecho de existir una comunidad de intereses entre los miembros. Sin que, por otra parte, pueda hablarse de formas organizativas comunes, pues la presunción de la organización unitaria en cada uno de estos grupos está suscitada por disciplinas normativas bastante diversas entre sí y de las cuales es imposible obtener principios comunes ⁶¹.

IV. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

De todos los datos enunciados se deducen con claridad dos cosas: una, que la comunidad funcional no responde nítidamente al arquetipo tradicional y ordinario de la copropiedad romana; otra, que atendidos ciertos aspectos (como la convencionalidad, la finalidad y la organización) puede parecer que estamos ante un modelo

⁵⁹ Cfr. MINUSI, *op. cit.*, pp. 219 y 220; AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 121. En Francia, la *Ley de 31 diciembre 1976*, de organización de la indivisión, prevé toda una serie de disposiciones tendentes a ordenar la gestión de la comunidad, con posibilidad incluso de nombramiento de uno o más administradores (art. 1873-5 del *Code*). Cfr. DAGOT, *L'indivision. Commentaire de la loi du 31 décembre 1976*, París, 1978, pp. 215 ss.; y SIMLER, et STORCK *Droit des biens*, París, 1995, pp. 96 ss.

⁶⁰ GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1960, pp. 19 ss.

⁶¹ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1999, p. 530.

determinado de sociedad. Trataremos, entonces, de deslindar las diferencias existentes entre estas diversas situaciones, en cuanto puede ser útil a una más correcta ubicación de la institución.

A) Comunidad funcional y otros tipos de comunidad

Partiendo de que el supuesto en estudio constituye una comunidad, se hace necesario aclarar si se trata de una copropiedad ordinaria o si, por el contrario, estamos frente a alguno de los casos comunitarios de cualquier otra naturaleza que se reconocen en nuestro Ordenamiento.

1. COMUNIDAD *PRO DIVISO*

En principio, debe descartarse la posibilidad de una comunidad *pro diviso*, en cuanto ésta supone la yuxtaposición de distintos derechos de propiedad sobre una misma cosa⁶². Y en la funcional no se superponen derechos diferentes, sino que se trata de una misma titularidad dominical sobre un bien de propiedad común. No existe una distribución entre los copropietarios del heterogéneo conjunto de facultades integrantes del dominio, sino que éstas corresponden por entero a los sujetos⁶³. Baste otra nota: la situaciones *pro diviso* dan lugar normalmente a derechos reales limitados y en la comunidad funcional estamos hablando del derecho real pleno por excelencia: la copropiedad.

2. COMUNIDAD GERMÁNICA

Este modelo de comunidad, de difícil aunque no imposible aceptación en nuestro Ordenamiento⁶⁴, puede prestarse a ser confundida con la funcional, con la cual guarda notables similitudes. Sin embargo, entendemos que existen suficientes factores que permiten distinguir una y otra figura. De hecho, como ha apuntado algún autor, ni siquiera la falta de disposiciones del Código que indiquen cuándo estamos en presencia de una comunidad romana y

⁶² Vid. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, *Propiedad dividida y copropiedad «pro diviso» en el Código civil*, IV, Madrid, 1989; CORRAL DUEÑAS, «La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura», *RCDI*, 561, 1984, pp. 271 ss.

⁶³ Entre otros, GARCÍA AMIGÓ, «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», *RDP*, LVIII, 1974, p. 175; ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, III-1.º, Barcelona, 1991, p. 389; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 1990, p. 96.

⁶⁴ Cfr. NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 247.

cuándo ante una germánica, impide que pueda establecerse una clara y exacta diferencia entre una y otra⁶⁵.

a) *Factores que las aproximan*

En la copropiedad en mano común, como en la funcional, existe un interés superior al meramente individual de cada uno de los sujetos que la compone, y que se traduce en la presencia de una finalidad colectiva. Esto determina (también como en la funcional) que, en tanto subsista dicho fin, la comunidad será indivisible y, en consecuencia, los comuneros estarán desprovistos de toda acción para hacer cesar dicho estado⁶⁶. Estas concomitancias fueron las que, precisamente, empujaron a algún autor a sostener el carácter germánico de la figura en estudio⁶⁷.

b) *Criterios de distinción*

Sin embargo, a pesar de tales coincidencias, pueden detallarse una serie de factores que suponen la separación entre una y otra forma de copropiedad. En primer lugar, en ambas concurre desde luego una titularidad plural del derecho; pero mientras en la funcional los individuos son considerados individual y separadamente (en afinidad, entonces, con la copropiedad romana), en la germánica el sujeto es una reunión o conjunto de personas colectivamente considerados; colectividad que ostentará la plena titularidad de los poderes jurídicos que confiere el derecho de propiedad⁶⁸.

En otro orden, en la comunidad funcional, análogamente a lo que sucede en la ordinaria o romana, sigue existiendo una división por cuotas ideales como expresión aritmética de la medida de la concurrencia en el todo, del que cada comunero es titular único y que representan la razón o proporción según la cual las utilidades o cargas de la cosa van a favor o a cargo de los partícipes, y de la que

⁶⁵ EICHLER, «La idea de copropiedad», *ADC*, IV, 1961, p. 915.

⁶⁶ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-2.º, Barcelona, 1979, p. 15; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 496.

⁶⁷ Es el caso de MEDRANO Y RUIZ DEL ÁRBOL, «Problemas en la indivisión en la comunidad», *RDN*, 19, p. 70, quien después de aseverar la consagración en el Derecho español de una comunidad indivisible sita en la regulación legal de nuestra copropiedad, admita la existencia de tipos distintos de comunidad y, antes de crear nuevos nombres para la comunidad y estatutos jurídicos que la regulen, entendía preferible considerar que en nuestro ordenamiento existen supuestos de comunidad romana o por cuotas (que llevan aparejada su disolución por voluntad de uno cualquiera de los comuneros) y supuestos de comunidad germana (más o menos pura o clásica) que llevan consigo la adscripción de la misma a un fin (lo que impide su división mientras el fin subsista).

⁶⁸ GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ, «Cotitularidad y comunidad Gesamte Hand o comunidad en mano común», *RCDI*, 214-220, 1946, p. 227.

podrán disponer éstos libremente⁶⁹. Por el contrario, en la germánica no se discute que exista o no cuota; sino que, en todo caso, a la luz del aprovechamiento colectivo e indiferenciado propio de este modelo comunitario, la misma funciona sólo como factor que acredita la pertenencia del individuo al grupo, en manera tal que pueda determinarse aquello a que tiene derecho para el supuesto de una eventual disolución⁷⁰.

Sobre la base, pues, de la titularidad y de la cuota puede negarse que la comunidad funcional sea del tipo de la en mano común. Súmase a ello, incluso, la posibilidad de negar la existencia de la denominada comunidad germánica como categoría jurídica reconocible, al menos, en el Derecho español⁷¹.

3. COMUNIDAD ROMANA

Inicialmente, la copropiedad contemplada en el título III del libro II CC es la romana o por cuotas, según tiene reconocido tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷². Comunidad en el derecho de propiedad que posee como notas esenciales, la pluralidad de sujetos titulares del derecho, la unidad del objeto y la atribución de cuotas en la forma antes apuntada⁷³.

Y estos caracteres concurren como estructurales en la comunidad funcional. Bien es verdad que este modelo de agrupación no se corresponde, en virtud de su estabilidad e indivisibilidad, con el modelo típico de la comunidad romana previsto en las normas de los artículos 392 y siguientes CC, donde existe, amén de cierta inconsistencia, una frecuente y vigorosa propensión hacia su desaparición a través del ejercicio de la *actio communi dividundo*.

⁶⁹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁰ GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, p. 230.

⁷¹ En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 496 y 497, considera que en realidad la comunidad *germánica* que describen los autores, no es una comunidad específica regulada por las leyes de algún concreto pueblo para una determinada ocasión, sino más bien una síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas, y además asumiendo notas características de algunos tipos de comunidad (sobre todo, de las familiares), que faltan, sin embargo, en otros. La que propone, entonces, la doctrina como «comunidad germánica» es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto real operante, en términos generales, en un tiempo y lugar determinados.

⁷² Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, p. 390; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *La comunidad de bienes en el Derecho español*. Madrid, 1954, p. 28; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 85; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 24; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1891, p. 162. En el plano jurisprudencial, *vid.*, entre otras, la *SSTS de 26 septiembre 1988* (RA 6859), de *20 diciembre 1989* (RA 8851), y de *22 mayo 1993* (RA 3723).

⁷³ De acuerdo con la idea expresada por GARCÍA GRANERO, *op. cit.*, pp. 154 y 155, sobre cuya formulación se apoya posteriormente BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, p. 29.

Para salvar este peligro, se ha acudido al expediente de extraer del marco del Código civil aquellos supuestos prácticos que pudieran constituir una comunidad funcional y, aun reconociendo su naturaleza de comunidad *pro indiviso*, configurarla como atípica, en la medida en que no responde a todos y cada uno de los atributos que de aquélla se predicán; buscando en esta construcción una respuesta práctica a nuevas situaciones de innegable aceptación social⁷⁴. A ello se ha opuesto que, mediante el recurso a la atipicidad, la solución a los principales problemas que origina la figura se vendrían a colocar en una fase previa a la elección entre «tipicidad» o «atipicidad» de los derechos reales, es decir, se antepondrían al debate sobre la aceptación o el rechazo de la teoría del *numerus apertus* de éstos. Sin que pueda servir como reclamo, para la calificación del supuesto como atípico, el hecho de la indivisibilidad de la copropiedad en cuestión⁷⁵. Por lo que, en estos casos, la teoría de atipicidad, más que un medio para resolver dudas o proponer soluciones, corre el riesgo de aparecer sobre todo como un modo para eludir el problema de la configuración dogmática de esta clase de comunidades⁷⁶.

Por tanto, no es necesario, creemos, forzar elaboraciones jurídicas que escapen a la regulación del propio Código civil cuando, además de los riesgos expuestos, podemos encontrar en él una respuesta satisfactoria a la cuestión que tratamos⁷⁷. Por otra parte, como se ha dicho en alguna ocasión, la comunidad de bienes es la institución más proteica y versátil de nuestro Ordenamiento jurídico; y permite aceptar dentro de los límites de aquellos preceptos, una comunidad, tal como hemos visto, permanente en la que no tiene cabida el ejercicio de la acción de división, sin que por ello pierda la naturaleza de copropiedad que le pertenece⁷⁸. Así pues, el

⁷⁴ Se trata de una idea bastante consolidada en un sector de la doctrina italiana a la hora de plantear la configuración jurídica de la multipropiedad inmobiliaria. *Vid.*, entre otros, CALÓ Y CORDA, *op. cit.*, pp. 26 ss.; CASELLI, *op. cit.*, pp. 65 ss.; MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, p. 204; PETRONE, *Multiproprietà. Individuazione dell'oggetto ed schemi reali tipici*. Milano, 1985, pp. 21 ss.; QUADRI, *La multiproprietà, tra logica speculativa e interessi sociali*, FI, V, 1984, cc. 226 ss.

En España, puede verse esta postura en PAU PEDRÓN, quien extiende esta argumentación tanto a los casos de garajes en copropiedad como a la multipropiedad (*vid. op. cit. notas 25 y 31*).

⁷⁵ CHIODI, *op. cit.*, p. 90; CONFORTINI, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ CONFORTINI, *op. cit.*, p. 2; GERBO, *op. cit.* p. 39. En España, en el ámbito de esta clase de copropiedades, constitutivas de una comunidad funcional, ha puesto de manifiesto la inseguridad jurídica que provoca el recurso a la atipicidad, CABELLO DE LOS COBOS, «Comentario a la Resolución DGRN de 27 mayo 1983», *RCDI*, 598, 1990, p. 1188.

⁷⁷ MUÑOZ DE DIOS, *op. cit.*, p. 939, asegura que la institución comunitaria es apta para someter a su tipicidad cualesquiera otras situaciones que surjan en el futuro, y que no sean de las características establecidas *a priori* por el legislador.

⁷⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, pp. 49 y 52; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, *op. cit.*, p. 427.

Código civil ofrece cobertura suficiente para incluir dentro de la copropiedad que regulan sus artículos 392 y siguientes la comunidad funcional, bien se interprete que el artículo 401, 1.º, conforme a los criterios expuestos, excluye la acción de división⁷⁹, bien se entienda que en este tipo de comunidades quiebra la razón de ser del artículo 400⁸⁰, ya incluso bajo el auspicio de otras explicaciones⁸¹.

B) Comunidad funcional y sociedad

La distinción entre condominio y sociedad goza en la literatura jurídica de una tradición bastante amplia; tradición, por lo demás, que ha estado casi siempre rodeada de importantes, y a veces inagotables, discusiones⁸². La dificultad para obtener un criterio claro de discriminación aparece principalmente cuando, de lo que es el ámbito claro de una y otra, se pasa al terreno fronterizo, donde las diferencias se aminoran. Surgen entonces figuras que tienen rasgos quizá de ambas o, quizá, rasgos que por ser comunes a sociedad y comunidad, no son indicio de ante cuál de ellas se está, complicando la decisión de si son verdaderamente sociedades o tan sólo comunidades⁸³.

Los problemas a la hora de establecer la diferencia entre estas dos situaciones arrancan del Derecho romano, motivada probablemente por la existencia de un elemento común en la base y por la ausencia de una idea equivalente a la de personalidad jurídica; de

⁷⁹ Cfr., entre otros, AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, p. 137; BRIOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 84; CASADO PALLARÉS, *op. cit.*, p. 136; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 122; MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, p. 41; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 463.

⁸⁰ Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 43; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 112.

⁸¹ Vid. las propuestas, en materia de urbanizaciones privadas, de BOSCH CAPDEVILA, «La configuració jurídica dels elements d'aprofitament comú a varies finques» (ponencia presentada a las *X Jornades de Dret Catalá a Tossa*), Tossa de Mar, 17 a 19 setembre 1998; y, en el terreno de la multipropiedad inmobiliaria, BADOSA COLL, «La multipropietat com a régitm jurídic immobiliari», en *Materials IV Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Barcelona, 1988, p. 22.

⁸² Al margen de las continuas referencias que pueden encontrarse en obras de carácter general, pueden citarse como trabajos específicos de notable interés, en el campo doctrinal español, BONET RAMÓN, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 octubre 1940», *RDP*, 288, 1941, pp. 33 ss.; MARÍN LÁZARO, «Sociedad y comunidad. Una Sentencia notable del Tribunal Supremo», *RDP*, XXVI, 1942, pp. 690 ss.; LOIS ESTÉVEZ, «La distinción de condominio y sociedad», *RGLJ*, 181, 1947, pp. 681 ss.; JORDANO BAREA, *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, Madrid, 1957, pp. 7 ss.; ídem, «Comunidad y sociedad en la explotación agraria», *AAMN*, XVIII, 1974, pp. 290 ss.; ROTONDI, «Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil», *RDP*, XLII (1958), pp. 723 ss.; GARRIDO PALMA, «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», *RDP*, LVI, 1972, pp. 759 ss.; CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 379 ss.; MUÑOZ XANCO, «El condominio español en su aspecto distintivo de la sociedad», *RDP*, LXIX, 1985, pp. 953 ss.; ALBADALEJO GARCÍA, «La distinción entre comunidad y sociedad», *AC*, 33, 1995, pp. 669 ss.

⁸³ ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 83, pp. 669 y 670.

forma que, al menos en su etapa inicial, el Derecho romano apenas hizo diferencia entre sociedad y comunidad⁸⁴. De esta suerte, ya en las fuentes se encuentran extrañas promiscuidades de términos, y los textos hablarán de la propiedad simultánea de varias personas sobre una cosa, refiriéndose a la misma como *communio* o como *societas*, de la misma manera que al copropietario se le denominará con bastante frecuencia *socius*⁸⁵. A partir de aquí, los abundantes estudios en la materia no hacen sino evidenciar una constante preocupación, como es la de fijar los límites dentro de los que ha de situarse una y otra. Para ello se han señalado numerosos criterios pero, en todos los casos, siempre teñidos de polémica, pues no ha existido una sola regla que concitara la unanimidad de las opiniones⁸⁶.

Sin embargo, no es nuestro objetivo establecer una delimitación de ambas instituciones, sino intentar dar respuesta al problema de si, efectivamente, cuando se habla de comunidad funcional se está ante una verdadera copropiedad o si, por el contrario, se trata sólo de una forma societaria. La figura es propicia desde luego a la confusión; sobre todo si se tienen en cuenta esas notas, tan típicas en la sociedad, como es la estabilidad de su existencia, su origen a menudo convencional y la realización de un fin específico. Claro que estas características no son exclusivas de la sociedad⁸⁷. Y eso es lo que pretendemos determinar: que a pesar de ser habituales, e incluso propias, de ésta, pueden también darse en otras instituciones (*v. gr.*, la copropiedad) sin que a la vez pierdan su identidad.

1. ORIGEN CONVENCIONAL

Un primer criterio para distinguir una y otra situación se quiso residenciar en la distinta raíz de ambas. El contrato constituye así la primera regla a la que se acudió históricamente para separar tales figuras⁸⁸; de esta forma, la distinción entre sociedad y comunidad fundada sobre el consenso aparecía netamente delineada en las *Institutiones* de Justiniano⁸⁹. La comunidad se forma sin el consenti-

⁸⁴ ARANGIO-RUIZ, *La societas in Diritto romano*, Napoli, 1965, pp. 33 ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Los derechos reales en el Derecho romano*, Granada, 1992, p. 57.

⁸⁵ ROTONDI, *op. cit.*, p. 723; VOLTERRA, *Institutiones de Derecho romano privado*, Madrid, 1988, p. 321.

⁸⁶ MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 691, enumeró, sólo con base en las normas del Código civil, hasta quince puntos en los que encontraba diferencias entre una y otra figura.

⁸⁷ Cfr. GALGANO, *op. cit.*, p. 531.

⁸⁸ Cfr. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, París, 1968, pp. 43 ss.; ORTOLÁN, *Explicación histórica de las Institutiones del Emperador Justiniano*, II, Madrid, 1884, pp. 372 a 376; MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, II, Barcelona, 1892, pp. 535 y 536.

⁸⁹ Inst. III, XXVII, 3 y 4: «3. *Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatava esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contracto obligatus; quippe*

miento ni la voluntad de las partes, es decir, sin que éstas se hayan puesto de acuerdo para ello; constituye, pues, un estado que resulta de un acto. Mientras, la sociedad nace siempre de un convenio, dirigido a darle vida. En otras palabras, la diferencia se pondría de manifiesto en el móvil que impulsaba a los interesados: la sociedad era un *estado buscado* por razón de su superioridad productiva; la indivisión ordinaria era un *estado sufrido* que obedece al concurso accidental de muchos sobre una misma cosa. Por tanto, siempre que hubiera concierto de los copartícipes, estaríamos ante un contrato de sociedad. La comunidad, por su parte, constituiría un simple cuasicontrato. Se trata de una calificación de rancia tradición histórica, que conecta directamente con el Derecho antiguo y que llegó a tener importantes partidarios⁹⁰; aunque hoy día se encuentra claramente rechazada⁹¹.

Las censuras a la tesis que ve la diferencia entre sociedad y comunidad en el acuerdo de los interesados han sido continuas. Se afirmó que podía ser lo más frecuente, pero ello no excluía el que en determinados casos la comunidad surgiera por convenio de los interesados, con lo que debía aceptarse también una procedencia contractual. En este sentido, se consideró inadecuado, por insuficiente, el poder creador de una y otra como instrumento diferenciador de las mismas, ya que la comunidad contractual establece un vínculo entre las partes que dificulta extraordinariamente la delimitación, pues también hay aquí relación jurídica, semejante a la social en algunos aspectos: pluralidad de sujetos, vínculo jurídico, comunidad de objeto, fin propugnado⁹². Es más, en ocasiones se llega a reconocer una concreta especie de comunidad, atendido su origen, situada entre la incidental y la sociedad. De tal manera, se ha estimado normal ese alumbramiento contractual de la sociedad y, correlativamente, el incidental de la comunidad; pero sin llegar a constituir una característica indefectible de una y otra⁹³.

Frente a ello se argumenta que en la sociedad los miembros de grupo están ligados, durante toda la relación, por un vínculo de naturaleza contractual; y tal relación está, a lo largo de su ejecu-

nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videtur.

4. *Idem iuris est de eo qui coherederi familiae resciscundae iudicio ex his causis obligatus est».*

⁹⁰ Cfr. POTHIER, *Traité du contrat du société*, París, 1827, pp. 84 ss.; THALLER, *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, París, 1922; VITALEVI, *Della comunione dei beni*, I, p. 101; SCAEVOLNA, *Código civil*, VII, Madrid, 1944, pp. 291 ss.

⁹¹ *Vid.*, entre otros, ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 63, II-2.º, Barcelona, 1994, p. 436. Un interesante análisis de esta trayectoria puede verse en TRUJILLO CALZADO, *op. cit.*, p. 35.

⁹² MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 696; LOIS ESTEVEZ, *op. cit.*, p. 698.

⁹³ Cfr. ROTONDI, *op. cit.*, p. 724; BRISO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 27.

ción, sometida a la disciplina de los contratos. Lo cual no acontece en la comunidad, ni siquiera cuando, como en el caso de la voluntaria, nace de tal acuerdo. Pues, entonces, dicho contrato agota su propia función en el momento constitutivo de la relación; y una vez constituida, el vínculo comunitario se desenvuelve entre los sujetos fuera ya del cauce contractual⁹⁴. Por lo que es posible, a juicio de ciertos autores, fundamentar, con ciertas matizaciones, la diferencia de sociedad y comunidad sobre la base de la distinta fuente creadora⁹⁵.

2. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES

Queremos decir que la manera en que nacen, tanto la comunidad como la sociedad, no vale como instrumento para efectuar una separación radical de una y otra. Lo que se comprueba con facilidad si se tiene en cuenta además que, en ocasiones, la sociedad nace sin siquiera haberse dado cumplimiento a las formalidades mínimas exigidas por el Ordenamiento. Éste es el caso de la denominada *comunidad societaria*: en su nacimiento la agrupación constituía meramente una comunidad; sin embargo, por la concurrencia de una serie de características (en especial, la organización, la *affectio societatis* y el ánimo de lucro) se transmutaba en una sociedad, sin que a ello se opusiese la inexistencia de un contrato en tal sentido⁹⁶.

El reconocimiento jurídico de esta modalidad ha sido, por lo demás, abundante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁷. La *STS de 16 abril 1942*⁹⁸ consideró la situación de unos coherederos que, al dejar en común bienes determinados afectos a negocios industriales, convinieron la continuación de estos negocios para obtener un lucro común partible y no la mera conservación de los mismos para su aprovechamiento. Y en tal sentido, entendía, era necesario admitir que la relación jurídica creada en este convenio es la llamada *comunidad societaria*⁹⁹. Como también lo hizo en un

⁹⁴ GALGANO, *op. cit.*, p. 531.

⁹⁵ CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 375; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 1316.

⁹⁶ Así, BIANCA, *op. cit.*, p. 456; MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 957. A favor de la naturaleza societaria de esta figura, se pronunció GIRÓN TENA, «Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español», *RDM*, 10, 1947, pp. 7 ss., en especial, p. 56.

⁹⁷ Entre otras resoluciones, pueden destacarse las SSTS de 12 junio 1950 (RA 1163), de 12 mayo 1959 (RA 1996), de 21 diciembre 1965 (RA 5957), de 6 octubre 1990 (RA 7475), y Resolución DGRN de 7 julio 1962.

⁹⁸ RA 468 bis.

⁹⁹ El convenio a que se refiere la sentencia era la escritura pública por la que los herederos del causante aprobaron las operaciones particionales de los bienes del difunto y que

caso similar la *Sentencia de 21 diciembre 1965*¹⁰⁰, que declaró que aunque originariamente existiera una comunidad hereditaria, los herederos explotaron con posterioridad, en *comunidad societaria* y en la proporción de un 50 por 100 indiviso cada una de las ramas de derechohabientes, el negocio comercial en litigio.

Asimismo, la más reciente *Sentencia de 6 octubre 1990*¹⁰¹, fuera ya del marco de las comunidades hereditarias, se pronuncia también en pro de su admisión, al afirmar que «estimando que hubo contrato consensual, puesta en común de actividad y bienes, *affectio societatis*, ánimo de lucro, falta de escritura pública e inscripción en el Registro, lo que implica que la relación jurídica creada es la llamada comunidad societaria...» (Fto. 4.º)¹⁰².

Admitida la operatividad de esta construcción, surge el principal problema en esta materia: la determinación del régimen jurídico que haya de aplicársele. Tampoco contamos con una firme respuesta. En ocasiones se considera que el supuesto aludido constituye un caso de comunidad de bienes, sujeto por ende a la regulación de los artículos 392 y siguientes CC¹⁰³. Por el contrario, otras veces se estima que, a pesar de las similitudes con la comunidad de bienes, esta forma de cotitularidad responde mejor a la construcción jurídica de la sociedad, siendo de aplicación entonces el régimen normativo de la misma¹⁰⁴.

en su base 40 contenía el pacto de continuación de la explotación en común de los negocios por todos los herederos.

¹⁰⁰ En el caso de autos, un negocio dedicado a la compraventa y alquiler de pianos y otros instrumentos musicales, al fallecimiento de sus propietarios, siguió explotándose sin solución de continuidad por los herederos de aquéllos; integrándose posteriormente en el acervo patrimonial de una sociedad limitada constituida, entre otros, por los que habían heredado el negocio.

¹⁰¹ En este supuesto los litigantes habían hecho una serie de aportaciones con la finalidad de explotar en común una sidrería-marisquería. Para regularizar la situación se comprometieron a constituir con el tiempo una sociedad, que nunca llegó a formalizarse dadas las desavenencias que surgieron entre las partes.

¹⁰² Pueden verse, respecto de esta resolución, las interesantes reflexiones que formula EMBID IRUJO, «Calificación jurídica de la sociedad irregular», *LL*, 1, 1991, pp. 294 ss., en especial p. 298, en las que revela, en torno a este fundamento jurídico, «la pervivencia en el lenguaje del fallo de conceptos utilizados por el Tribunal Supremo en otras sentencias anteriores que, sin embargo, aparecían orientadas bajo supuestos diferentes de la actual. En este sentido, la noción de comunidad societaria fue utilizada por el Tribunal Supremo para expresar una determinada manera de calificar a la sociedad irregular bajo su entendimiento como sociedad interna».

¹⁰³ Cfr. DIEZ-PICAZO, *cit.*, p. 763; SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, *op. cit.*, p. 428. Éste es también el criterio expresado en la STS de 21 noviembre 1970 (RA 4826).

¹⁰⁴ CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 375; EMBID IRUJO, *op. cit.*, pp. 299 y 300. A su favor se pronunciaron las SSTs de 4 julio 1959 (RA 2956) y de 28 junio 1975 (RA 2616). Y ésta parece ser la postura con mayor acogida. Sin embargo, en contra, FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA, *op. cit.*, p. 620, incluyen entre las que pueden constituir una comunidad de naturaleza funcional: «las diversas fórmulas de aprovechamiento en común de carácter empresarial. La posibilidad de una comunidad de bienes que desarrolle

En el ordenamiento italiano también se ha discutido con amplitud esta cuestión, defendiéndose posturas claramente enfrentadas. Así, para unos, este tipo de agrupaciones debe ser considerado como meras comunidades y por tanto han de aplicársele las normas propias de esta figura. Se invoca para ello el principio de defensa de la autonomía contractual, en cuya virtud nadie puede sufrir modificaciones en la propia esfera jurídica contra o independientemente de la propia voluntad. De esta forma, los copropietarios continúan siendo tales y no se transforman en socios hasta el momento en que esta transformación no resulta querida por ellos: los bienes de los que son copropietarios permanecen en copropiedad, y no se transforman en patrimonio social hasta que no aparece en tal sentido manifestada su propia voluntad. Por esto, mientras no se dé vida a un contrato, como es el de sociedad, dirigido a modificar la condición jurídica de los bienes utilizados, los mismos siguen siendo bienes en comunidad ¹⁰⁵.

Para otros, sin embargo, no vale objetar que el contrato de sociedad no se forma si falta el acuerdo de las partes. El hecho de que el acuerdo de las partes no se haya manifestado también en relación a la condición jurídica de los bienes utilizados no impide hablar de contrato de sociedad: el cambio de tal condición se opera aun cuando las parte hayan guardado silencio, e incluso si expresamente habían mostrado una voluntad contraria al mismo, pues se trata de una sociedad de hecho que, como tal, ha de quedar sometida a las disposiciones específicas de este modelo de agrupación ¹⁰⁶.

En definitiva, no debe buscarse en la manera en que principian ambas figuras un dato, más allá del simple indicio, de exacta separación entre una y otra. Y esto lleva a una última consideración: la comunidad funcional podrá tener, y de hecho tiene en la mayoría de los casos, una fuente convencional, de naturaleza contractual si ese es el deseo de sus constituyentes, sin que por ello sea dable entender que lo querido, lo buscado, sea una sociedad.

3. PERSONALIDAD JURÍDICA

Otro dato con el que se ha operado para separar sociedad y comunidad es el de la presencia de personalidad jurídica en la

una actividad empresarial está reconocida y admitida por la Jurisprudencia, que en ocasiones ha utilizado el término "comunidad societaria"».

¹⁰⁵ Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I. Milano, 1957; BRANCA, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁶ Vid. AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, pp. 47 ss.; PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, pp. 182 ss.; GALGANO, *op. cit.*, pp. 534 ss.

primera y la carencia de tal cualidad en la segunda. Esta idea se sostuvo por algunos autores, unas veces interpretando el artículo 1669 CC, del que dedujeron que la comunidad de bienes era una sociedad sin personalidad; y otras sobre la base del artículo 399 CC, para entender que el copropietario, al contrario de lo que ocurría en la sociedad, seguía conservando la titularidad que poseía sobre la cosa ¹⁰⁷. Así, la sociedad constituye una nueva persona jurídica distinta de la de cada uno de los socios. De forma que, de la combinación de los intereses aportados por los socios, surge un solo y nuevo derecho, pero único: el del ente social. Sin embargo, en la comunidad hay tantos derechos como interesados; y cada uno de ellos se conserva con la integridad que tenía antes de salir de su aislamiento, como se reconoce en el artículo 399 CC al decir que «*todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y de los frutos y utilidades que le correspondan*» ¹⁰⁸.

Pero también se contestó aduciendo, de una parte, que el artículo 1669 CC no dice que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos no sean verdaderas sociedades, sino tan solo que no tienen personalidad jurídica; y de otra, que no resulta del todo claro que durante la indivisión cada copropietario tenga la plena propiedad tal como se expresa en el precepto del artículo 399 CC ¹⁰⁹.

Aun más, el recurso a la idea de personalidad jurídica no resulta en modo alguno seductora, pues su atribución es posterior a la calificación como sociedad y no ésta una consecuencia de aquélla ¹¹⁰. Pero es que si se pondera adecuadamente el artículo 1669 CC, se verá, primero, que no niega el carácter de sociedad a la agrupación así constituida (el párrafo segundo del precepto alude a «*esta clase de sociedades...*»); y, segundo, que se está refiriendo a una sociedad que no tiene manifestación exterior en cuanto tal ¹¹¹. Lo que implica que se deba distinguir entre el aspecto interno, de las relaciones entre los constituyentes, en el que son válidas las reglas del contrato de sociedad; y el aspecto externo, de relaciones con los terceros, en el que se impondrán las normas de la comunidad de bienes ¹¹².

¹⁰⁷ CARNELUTTI, «Personalità e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione», *RCom.*, I, 1913, pp. 68 ss.; DONDERI TATAYS, *La copropiedad*, Madrid, 1933, p. 76. Vid., sobre el desarrollo doctrinal de esta postura, MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 960.

¹⁰⁸ Cfr. MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, pp. 690 y 691; GARRIDO DE PALMA, *op. cit.*, p. 762.

¹⁰⁹ DE BUEN, «Sociedad», *EJE*, XXVIII, Barcelona, s. f., p. 866; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, p. 173.

¹¹⁰ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 762, concluye a este respecto que la calificación de sociedad parece un presupuesto y no una consecuencia respecto de la personalidad jurídica.

¹¹¹ CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 392.

¹¹² Así lo concibieron CASTÁN TOBEÑAS, *Del contrato de sociedad*, XV-1.º, Madrid, 1933, pp. 779 y 780; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 51; CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 83, p. 376.

De todo lo anterior se puede concluir que tampoco el criterio de la personalidad sirve para separar comunidad y sociedad¹¹³. Sigue entonces existiendo dificultad para determinar si la denominada funcional en verdad constituye una copropiedad o se trata de una sociedad a la que, por no cumplir con todos los requisitos formalmente exigibles, no se le atribuye personalidad jurídica.

4. LA FINALIDAD

El aspecto de la finalidad debe ser abordado desde distintas perspectivas. En primer lugar, desde el que consideramos plano subjetivo del ánimo de los sujetos, es decir, si la voluntad de los mismos es la de dar vida a una sociedad o a una comunidad. En otro momento, desde la doble perspectiva objetiva de la finalidad buscada por aquéllos mediante la tenencia en común de los bienes.

a) *La affectio societatis*

La *affectio*, entendida como libertad de los interesados para establecer entre ellos el vínculo jurídico que prefieran, ora sociedad, ora comunidad, ha sido blandido como razón diferenciadora entre una y otra. Hasta llegar a considerarse primordial en la medida en que no puede negarse a los interesados la soberanía más absoluta para crear, mantener o transformar el vínculo jurídico que estimen conveniente, en tanto observen las solemnidades y requisitos legales exigidos para cada uno de ellos, y siempre que no lesionen los intereses de los terceros¹¹⁴.

Pero también se opuso la falta de firmeza de este principio, sobre todo si se tiene en cuenta que tal componente se alegó en su inicio como criterio distintivo entre comunidad incidental y comunidad convencional, que no entre comunidad y sociedad¹¹⁵. Amén de que tomar la *affectio societatis* como intención de cooperar como socios suponía una petición de principio, ya que conduce al

También el Tribunal Supremo ha sostenido esta interpretación en numerosas resoluciones. Así, entre otras, las SSTS de 17 septiembre 1984 (RA 4297), de 22 marzo 1993 (RA 2542) y de 31 julio 1997 (RA 5619).

¹¹³ No obstante, para determinados autores la personalidad jurídica constituye el elemento diferenciador determinante en la distinción entre comunidad y sociedad. *Vid.* GARCÍA MAS, «La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico», *RCDI*, 633, 1996, p. 517.

¹¹⁴ Cfr. ARANGIO RUIZ, «“Societas re contracta” e “communio incidens”», en *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, p. 388; MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 957; MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 697.

¹¹⁵ ROTONDI, *op. cit.*, p. 724.

problema inicial de determinar objetivamente en qué se diferencia la sociedad de la comunidad ¹¹⁶.

Sin embargo, actualmente se ha retomado con inusitado vigor el criterio de la *affectio*, entendida como elemento subjetivo de la relación: voluntad de los sujetos de constituir una sociedad. Y cree verse en ella el factor determinante que separa una y otra figura. En este sentido, se considera que, como consecuencia del principio espiritualista vigente en el Derecho español, habrá de atenderse primordialmente a la voluntad, cualquiera que sea el vehículo a través del cual se manifieste, de los sujetos implicados, complementando, así, el criterio del carácter estático o dinámico del fin común. Y ello como consecuencia del carácter, en general, dispositivo de las normas relativas tanto a la comunidad de bienes cuanto a la sociedad civil. En tales términos, se interpreta, hay que entender las afirmaciones con frecuencia vertidas sobre este particular en el sentido de que el criterio distintivo es el de la *affectio societatis*; con lo cual se quiere indicar que, en última instancia, se trata de una *quaestio voluntatis* ¹¹⁷.

b) *El ánimo de lucro*

En la indagación de cuál debía ser el significado que debía darse a la soberanía expresada anteriormente, se evolucionó en pro de una interpretación materialista, en la que se identifica el ánimo de lucro como dato último que sirva para distinguir una figura de otra ¹¹⁸. A pesar de las adhesiones que despierta esta postura, la inteligencia que se ha hecho, y que se sigue haciendo, de dicha finalidad lucrativa no ha estado exenta de discordia. Inicialmente, se consideró que consistía en la obtención de ganancias o beneficios, nota de la que carecía la comunidad ¹¹⁹. Sin embargo, también se advirtió que en ocasiones la comunidad podía nacer para realizar provechos, como cuando la cosa adquirida en común es disfrutada por los condueños con reparto de las rentas que produzca. En favor del sostenimiento de este criterio diferenciador se añade otro dato: en algún caso se persigue una ganancia económica; además, al contrario de lo que ocurre en la sociedad, no gana tampoco la comunidad para luego repartir lo logrado, sino que los partícipes alcanzan directamente su provecho ¹²⁰.

¹¹⁶ DONDERIS TATAY, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁷ Cfr. ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 83, p. 677; CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales de M. Albaladejo*, XXI-1.º, Madrid, 1986, p. 139.

¹¹⁸ MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 958.

¹¹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁰ Cfr. MARÍN LÁZARO, *op. cit.*, p. 696; PELAYO HORÉ, *op. cit.*, p. 461.

Por otra parte, se ha objetado también que el ánimo de lucro no es por sí sólo suficiente, pues de acuerdo con el artículo 1678 CC es posible una sociedad sin dicho *animus*, limitada solamente al uso de la cosa, tal como se desprende de los términos de precepto, el cual al señalar el objeto de la sociedad particular, agrupa nociones inasequibles con la palabra lucro, como el *uso* y la *empresa*. Lo que sería tanto como admitir sociedades con un objeto limitado al uso de las cosas¹²¹. Y además se ha apuntado también que es posible, interpretando el artículo 1665 CC, aceptar la existencia de comunidades de bienes con ánimo de lucro, con ánimo de obtener ganancias¹²².

c) *La actividad*

Otra cuestión es la eficacia vinculadora del fin perseguido. La sociedad exige la inevitable vinculación a una finalidad concreta a realizar, de la que carece la comunidad; de forma que los bienes sociales se constituyen en un medio, mientras que las cosas comunes son un fin en sí mismas. Se corresponde con lo que se denomina «teoría de la empresa», en cuya virtud la sociedad implica una empresa común que falta en la comunidad¹²³. Así, la sociedad vendría a ser una organización en la cual la actividad productiva no es un fin en sí misma, sino un medio para la obtención de una ganancia a través de la satisfacción de las necesidades del mercado. Las comunidades contractuales, por el contrario, tendrían como fin la conservación y el aprovechamiento de los bienes según su propio destino económico, y con ello la percepción de frutos cuando se trate de bienes productivos¹²⁴.

Con ello, se opera una conexión directa entre la vinculación al fin y la obtención de un lucro común partible. Y si esto es así en la sociedad, el condominio está por el contrario desprovisto de dicha

¹²¹ LOIS ESTÉVEZ, *op. cit.*, p. 701; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, p. 474. Sin embargo, CAPILLA RONCERO, *op. cit.*, nota 8, p. 377, niega que en nuestro Derecho pueda admitirse, con base en el artículo 1678 CC, una sociedad que tenga por objeto el mero uso de un bien. Considera, por el contrario, que en tales casos estaremos en realidad ante una comunidad de bienes.

¹²² Ésta es la opinión de ALBADALEJO GARCÍA, *op. cit.*, nota 83, p. 677, para quien el artículo 1665 CC se limita a definir el contrato de sociedad, pero no excluye que pueda obtenerse el mismo resultado lucrativo por otros medios distintos a la sociedad, como es la comunidad. Es decir, para este autor, el precepto no obliga a que toda unión con fin de lucro sea sociedad; con lo que es perfectamente admisible el contrato por el que, con ánimo de comunidad, se agrupan dos o más personas para buscar ciertos fines, incluso lucro. Radicalmente en contra de esta concepción, PAZ-ARES, *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1992, p. 1370.

¹²³ Cfr. MUÑOZ XANCO, *op. cit.*, p. 958; LOIS ESTÉVEZ, *op. cit.*, p. 703.

¹²⁴ FERRI, *Della società*, Bologna-Roma, 1981, p. 81.

característica, pues en él predomina la mera conservación y tenencia de la cosa, hasta el punto de afirmarse que la comunidad es un estado pasivo y la sociedad un estado activo¹²⁵. Y si ese conservar o tener la cosa en el condominio genera ganancias para los copropietarios, deben reputarse provenientes de dicha situación estática, que acarrea el simple disfrute de aquélla, y no confundirlos con la actividad dirigida a su realización, más propia de la sociedad¹²⁶. Los actos de los copropietarios asumen un papel instrumental respecto a la cosa objeto de copropiedad; se dirigen, por tanto, a producir resultados útiles de acuerdo con la actitud natural del bien, en aras de la realización de su aprovechamiento. Por lo que en dicha situación no pueden reconocerse los elementos propios de la actividad en sentido técnico, entendida como sucesión de actos materiales y jurídicos, negociales o no, caracterizados por un elemento teleológico común¹²⁷.

Hasta tal grado se entiende determinante este aspecto que ha sido considerado el núcleo de la declaración de voluntad de las partes, por encima incluso del régimen normativo al que, conforme a su propia expresión, hayan querido someterse los sujetos¹²⁸.

5. RECAPITULACIÓN

Podemos encontrar en todo lo anterior elementos, tal vez suficientes, para distinguir la comunidad funcional de la sociedad. En especial, atendida la circunstancia de que en la primera no concurre la voluntad de desplegar una conducta dirigida a la obtención de un fin de lucro tal como ha quedado expresado; es decir, la actividad desarrollada por los copropietarios se desenvuelve en función del aprovechamiento económico de la cosa.

Efectivamente, es una actividad provechosa, pero tal beneficio no nace de una situación dinámica de búsqueda de un rendimiento, pecuniario o no, en el que los bienes aparezcan como medio para su consecución; sino que en puridad, aun admitiendo la existencia de rentabilidad económica (pues, en otro caso, difícilmente se concebiría el nacimiento y prolongación de la situación de comunidad) los bienes continúan siendo un fin en sí mismos. Mientras, en la sociedad, al tratarse de una forma de ejercicio colectivo de empre-

¹²⁵ Cfr. SPADA, *La tipicità delle società*. Padova, 1974, p. 201; MINUSSI, *op. cit.*, p. 219; AMATUCCI, *op. cit.*, p. 47.

¹²⁶ FERRARA, *Gli imprenditori e la società*, Milano, 1987, pp. 209 ss.

¹²⁷ PESCATORE, *op. cit.*, p. 106.

¹²⁸ GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, Milano, 1982, pp. 50 y 51; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 463.

sa, la actividad está en función de la producción y del cambio, indirectamente, en cuanto la cosa es elemento que sirve para desplegar dicha actividad ¹²⁹. Por esta misma razón se interpreta, desde la perspectiva causal, que la relación entre el elemento objetivo (los bienes) y el subjetivo (la actividad), da prevalencia al primero en la comunidad, y al segundo en la sociedad; por ello se ha situado la causa en la comunidad en obtener ventajas de los bienes que se ponen en común, mediante el goce de sus utilidades, mientras que en la sociedad se localiza en el ejercicio en común de la actividad económica, lo que se realiza a través de un ente creado con este fin ¹³⁰.

Pero además, bastaría comprobar en último término la difícil, si no imposible, acomodación de la forma societaria a la obtención de los fines perseguidos por una comunidad funcional ¹³¹. Entonces, de existir dudas irresolubles por cualesquiera de los medios aportados, la figura debe ser considerada una comunidad, pues no ha de perderse de vista que la comunidad es el género de la que se desgajan como especies la comunidad romana, o de otro tipo, y también la sociedad. La falta de una respuesta clara y terminante empujaría siempre a acudir al tronco común y estimar que existe comunidad ¹³².

VI. POSIBILIDADES PRÁCTICAS DE LA FIGURA

Se ha afirmado que el sentido individualista del siglo pasado, informador de casi toda nuestra legislación, ha sido sustituido hoy por el colectivista de grupo; situación que ha dado lugar a un nuevo término, aplicado a las más diversas actividades, cual es el de «labor de equipo o en equipo». Este nuevo modo de actuar y de

¹²⁹ Para BIANCA, *op. cit.*, p. 457, en la sociedad concurre el compromiso de los socios al desarrollo de una actividad económica en común. El significado de *compromiso* societarios está, por otra parte, objetivamente ínsito en el hecho de emprender una actividad económica en común.

¹³⁰ PESCATORE, *op. cit.*, p. 127, para quien, en el caso de la comunidad, el titular tiene la posibilidad de ejercitar la facultad conectada al derecho de propiedad, que lo legitima para la inserción en el grupo que administra el bien común; en el caso de la sociedad, sin embargo, una relación directa e inmediata con el bien es menor y resulta determinante la función asignada al mismo para el logro del fin social.

¹³¹ Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *RDN*, 64, 1969, pp. 212 a 217.

¹³² Cfr. BRÍOSO ESCOBAR, *op. cit.*, p. 29. En último término, como piensa PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 187, «se suele acudir a aplicar conjuntamente todos los criterios señalados para diferenciar la comunidad y la sociedad y se considera que el problema es de interpretación del negocio jurídico creador de la situación en examen, siendo especialmente difícil en todos aquellos casos en que dicho negocio jurídico está formado por un puro comportamiento concluyente».

hacer ha llegado incluso a extenderse a la propiedad ¹³³. Así es posible comprobar en el tráfico jurídico la existencia de comunidades cuyo destino económico resulta altamente rentable para sus integrantes. Constituyen supuestos de copropiedades queridas, estables y útiles; situaciones que, frente a la concepción tradicional de la comunidad *in genere* como figura económicamente desventajosa, producen para los copartícipes más beneficios que problemas; y a las que, por estas mismas razones, no conviene la acción de división. Es más, la aplicación del instrumento divisorio a tales estados se traduciría en una notoria injusticia.

Se trata de figuras que no sólo preconizan la exclusión de la *communi dividundo*, sino que a la vez ponen en duda la exacerbada idea del disfavor legislativo frente a la comunidad como situación que tiende irremediablemente a su desaparición ¹³⁴. Por el contrario, están dotadas de estabilidad, son provechosas para la economía nacional, cuya productividad demanda la necesaria permanencia de sus elementos, sin que penda constantemente sobre ellas la posibilidad de ejercicio de una acción que acarrearía innegablemente una menor eficacia económica. Constituyen, en definitiva, comunidades fértiles, auspiciadas principalmente por el constante encarecimiento de los medios de producción, que empuja a la unión de esfuerzos y de aportaciones para la obtención de un mayor grado de utilidad y beneficio ¹³⁵.

Por ello, y sin pretender agotar la materia, trataremos algunas de estas comunidades a las que, siempre desde la perspectiva de su indivisibilidad, consideramos puede serles de aplicación la interpretación que sostenemos del artículo 401.1.º, CC y que evitaría, en algunos casos, incluso el recurso a la adopción de normas especiales que consagren expresamente esta indefectible característica. Ha de indicarse que, por lo general, los tribunales no se prodigan en resoluciones que aborden este aspecto; acaso como reflejo de su indudable aceptación social, que promueve menos conflictos de los que en principio pudiera creerse. Aun así, podemos encontrar pronunciamientos que dejan entrever la especialidad de tales

¹³³ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, «Las zonas de recreo en las urbanizaciones y la legislación sobre propiedad horizontal», *RDP*, 55, 1971, p. 595.

¹³⁴ Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 1102 ss.

¹³⁵ Para FRAGALI, *op. cit.*, p. 391, la comunidad puede ser fuente de utilidad social y ser fundamentalmente necesaria al progreso y al mejoramiento de la condición social individual; puede ser fuente de cooperación para la realización de intereses individuales; y no hay duda de que hoy, superada la fase de preponderancia individualista, se es más propenso a la vida asociada y a la formación de grupos intermedios. Y ello, sin duda, debe favorecer las pretensiones privadas de crear comunidades.

situaciones frente a la reglas clásicas de la copropiedad del Código civil¹³⁶.

Sin embargo, donde sí se han suscitado discusiones, aunque en escaso número, es en el ámbito registral. Y esto en determinada medida es lógico, pues se pretende incorporar al registro público situaciones fácticas que, a pesar de su tipicidad social, no sólo no tienen una plena e indiscutida aceptación, sino que además, incluso entre quienes admiten una comunidad por cuotas del tipo romano de carácter estable e indivisible, no existe unanimidad en torno a su configuración jurídica¹³⁷. El acceso al registro tiene, como es de suponer, una importancia indudable por el alcance de sus efectos respecto de terceros. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha gozado de la oportunidad de pronunciarse respecto de la comunidad funcional. Y lo ha hecho con aceptación no sólo de su presencia social sino también jurídica, dándole por lo demás entrada en el mundo registral. Es más, hasta cierto punto, la consagración de la expresión «comunidad funcional» es fruto, como veremos, de la labor de las autoridades de dicho Organismo.

A) Garajes

a) La necesidad de tener un lugar donde aparcar se ha convertido en los últimos decenios en una cuestión de notable importancia. Casi tanto como la de contar con una vivienda, pero con el añadido en muchos casos de que, merced a un determinado modelo de construcción, origina mayor problemática la obtención de aquél que de ésta¹³⁸. Las formas de organización jurídica adoptadas para satisfacer esta carencia han sido muy variadas; pero en lo que a nosotros nos interesa, tomamos en consideración la que implica la existencia de un espacio (solar, edificio o local) perteneciente en copropiedad (fuera del régimen de propiedad horizontal) a varias personas y destinado permanentemente a garaje; fórmula, por lo demás, de corriente uso en el tráfico¹³⁹.

En tales casos la exclusión de la acción de división es más que necesaria, pues su ejercicio no es compatible con un estado que demanda precisamente lo contrario, esto es, la permanencia de la

¹³⁶ En este sentido, existen determinados pronunciamientos en los que, sin darles el nombre de funcionales, se tratan situaciones de comunidad de innegable especialidad. Vid. *SSTS de 23 febrero 1988* (RA 1277) y *de 4 abril 1990* (RA 2695), donde ya se habla de una forma especial o extravagante de comunidad, sólo justificada en función de la utilidad que para cada uno de los copropietarios puedan suponer los elementos comunes.

¹³⁷ Cfr. GARCÍA MAS, «En torno a la multipropiedad», *RCDI*, 623, 1994, p. 1665.

¹³⁸ Cfr. AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, pp. 25 ss.

¹³⁹ NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 184.

comunidad. Nos encontramos ante una copropiedad socialmente ventajosa y, como tal, querida por sus titulares. Admitir aquella acción equivaldría, entonces, a ignorar el destino propio de la cosa, no resolvería el problema de la escasez de aparcamientos y acarrearía, en definitiva, una situación de notoria insuficiencia económica¹⁴⁰. Se ha apuntado como solución, y así se ha hecho en la práctica, la incorporación en el título constitutivo de un pacto de indivisión permanente en el que se comprenda el destino a aparcamiento¹⁴¹. Pero parece preferible considerar que se trata de una comunidad sin acción de división, en el sentido y con el alcance que hemos expuesto del artículo 401, 1.º, CC¹⁴².

b) En esta línea, la primera expresión del concurso jurídico de la comunidad funcional en tal ámbito lo constituye la *Resolución de 18 mayo 1983*¹⁴³, punto de referencia obligado cuando se trata de analizar esta institución. En este caso se constituyó, por el propietario único de un local comercial subterráneo destinado a garaje, una comunidad mediante la enajenación de cuotas indivisas del mismo. En el documento presentado a inscripción, ante el Registro de la Propiedad de Pamplona, y en el que se recogía dicha distribución de cuotas, se excluía (entre otras cosas y en lo que a nosotros atañe) la acción de división ejercitada por uno solo o por varios comuneros, supeditándose por contra la disolución de la comunidad al acuerdo unánime de los copropietarios. El registrador extendió nota en la que denegaba la inscripción de este régimen jurídico por estimarlo contrario a normas de derecho imperativo sancionadas por la ley 374 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y por el artículo 400 CC como supletorio. Recurrida por los notarios autorizantes, el Presidente de la Audiencia Territorial la revocó por auto, que fue recurrido a su vez ante la Dirección General.

Ésta sentó con su decisión los pilares de una doctrina que ha ido desenvolviéndose poco a poco en los años siguientes. La respuesta a los pronunciamientos contenidos en esta Resolución han sido de diverso signo. La mayor parte de los autores que se ocupan

¹⁴⁰ La mayoría de los autores que estudian esta tipo de comunidad son reacios a la admisión de la *communi dividundo*, cualquiera que sea el argumento que se utilice. Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 480 y 481; AZPITARTE CAMY, *op. cit.*, pp. 136 y 137; NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 184 y 185; PÉREZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 204.

¹⁴¹ No obstante, como indica NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 185, con independencia del pacto de indivisión, el destino a aparcamiento propio puede haber sido marcado por todos los comuneros, aunque sea tácitamente.

¹⁴² Cfr. MONET ANTÓN, «Los garajes en comunidad», *RDN*, 77-78 (1972), pp. 453 y 454; CARRETERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 636.

¹⁴³ RA 6969.

de ella alaban, por una parte, el decidido arrojo de la Institución al abrir un nuevo camino a la estabilidad de ciertas comunidades funcionales y le reprobaban, por otra, la continencia de ciertas afirmaciones de dudosa exactitud técnica. Entre las más relevantes destacan las de hacer descansar la virtualidad de la figura en el principio de autonomía de la voluntad contenido en el artículo 392, 2.º, CC, siendo así que la disposición del artículo 400, 2.º, CC se impone, por su carácter imperativo, sobre aquél ¹⁴⁴.

También se aduce la posibilidad de hacer, a través del ejercicio de la acción de división, de propiedad separada las distintas plazas de aparcamiento, mediante la constitución de una comunidad limitada sólo a los distintos elementos comunes necesarios para su aprovechamiento, en analogía con lo previsto para los casos de división horizontal ¹⁴⁵. Curiosamente, la Resolución recogía de forma expresa esta posibilidad al mantener que «*la Ley de Propiedad Horizontal puede ser aplicada para conseguir de un modo lógico y legal los resultados que se pretenden alcanzar por las partes en la escritura calificada*» (Cdo. 3.º) ¹⁴⁶. Podría sostenerse, asimismo, que el fallo hace efecto en el contexto del Derecho Civil Foral de Navarra, mucho más consecuente con las comunidades permanentes ¹⁴⁷. No obstante, la expresa referencia al artículo 392 CC como manifestación de la primacía del título constitutivo hace extensible su doctrina a los supuestos constituidos al amparo del Derecho común.

Pero, al margen de estas puntualizaciones, no carentes de importancia, contiene el fallo un conjunto de declaraciones, a nuestro entender, de profundo valor. Tiene el mérito de reconocer con carácter general las peculiaridades de esta forma de comunidad, «*atípica*» (Cdo. 7.º), «*voluntaria, pactada por la voluntad de quien o quienes la crean*» (Cdo. 8.º), «*funcional, organizada y permanente, y en la que se conviene la exclusión de la acción de división*» (Cdo. 1.º). Como hemos planteado anteriormente, podrá existir o

¹⁴⁴ Cfr. PAU PEDRÓN, *op. cit.*, nota 25, p. 937; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 479 y 480; CRESPO ALLUÉ, *op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁵ Ésta suele ser, precisamente, la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo. Cfr. la *STS de 20 noviembre 1985* (RA 5619), en la que se acordó esta solución, en analogía con lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 401 CC. Y la *STS de 24 diciembre 1990* (RA 10365), en la que se resolvió acudiendo a lo dispuesto en el artículo 396 CC y aplicando analógicamente el régimen previsto en la LPH. También es la solución que apunta como preferible CABELLO DE LOS COBOS, *op. cit.*, p. 1188.

¹⁴⁶ Salvo en esta afirmación, las autoridades de esta Entidad no entraron a analizar dicha posibilidad, pues la nota del Registrador se había limitado, a su vez, al examen de la conformidad de la comunidad constituida con la normativa vigente (Cdo. 4.º).

¹⁴⁷ Cfr. MUNAR BERNAT, *op. cit.*, p. 116; HERRERO GARCÍA, *La multipropiedad*. Madrid, 1989, p. 102.

no acuerdo respecto de las notas de la convencionalidad y la atipicidad, pero, en cualquier caso, supone un paso en favor del reconocimiento de la figura. Importante es, asimismo, la consideración del dato sociológico, al apreciar que «*la comunidad especial de garaje pactada responde a un fin lícito por estar ínsita en la realidad social de nuestra época*» (Cdo. 9.º).

Y, sobre todo, haber reparado en que estas situaciones entrañan la «*existencia de una situación objetiva permanente*» (Cdo. 7.º), que determina «*un destino común que constituye la finalidad del logro a que tienden*» (Cdo. 8.º). Situación objetiva que le confiere un «*carácter eminentemente duradero*» y destino común que, en tanto subsista, implica que no quepa «*el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los copartícipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente querida*». Se puede deducir de ello que la división queda excluida no tanto por la previsión de los constituyentes al respecto, como por estar la indivisibilidad ínsita en la naturaleza misma de la comunidad.

Con posterioridad la doctrina sentada en esta resolución quiso ser llevada al campo de otros supuestos prácticos, como es el caso de la multipropiedad inmobiliaria, pero las reticencias han sido muy fuertes, sobre todo desde quienes interpretan que la acción de división, por ausencia de los elementos que la informan, no se da en aquellas comunidades económicamente provechosas. En cualquier caso, el interés y la utilidad de su contenido es incuestionable, en la medida en que significa una ruptura, al menos inicial, con un modo de pensar contrario a la aceptación de comunidades *pro indiviso* estables, que se había instalado desde antiguo en la doctrina científica y jurisprudencial española¹⁴⁸.

Algo después, la *DGRN* volvió a pronunciarse sobre un supuesto que podía ser constitutivo de una comunidad funcional. La *Resolución de 27 mayo 1983*¹⁴⁹, tan próxima en el tiempo a la que acabamos de ver, abordó una comunidad surgida de la agrupación de diferentes fincas registrales. El problema central se basaba

¹⁴⁸ Cfr. ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

¹⁴⁹ (RA 6972). En este caso, la propietaria única de cinco locales, subterráneos y colindantes, que formaban parte de tres edificaciones en régimen horizontal, procede a su agrupación y a la constitución de una comunidad sobre la finca agrupada. En la escritura de agrupación se hace constar, entre otras cosas, que las cinco fincas independientes forman un solo y único garaje, una «*unidad económica de explotación*»; que la nueva comunidad constituida excluye la acción de división y el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, y sólo se extinguirá por acuerdo unánime de los comuneros. Como en la Resolución anterior, ésta se constituyó en el marco del Derecho Civil Foral de Navarra, contemplándose las normas del Código civil como supletorias de aquel cuerpo legal. El Registrador denegó la inscripción, y el Notario autorizante recurrió la nota de calificación. La Audiencia Territorial, confirmó la nota denegatoria.

en la viabilidad tabular de la agregación operada, lo que entendió admisible bajo determinadas circunstancias.

Junto a ello, aceptó igualmente la posibilidad de constituir una comunidad permanente, caracterizada por la exclusión de la acción de división y por establecer sus causas de extinción. Y que el Registrador había rechazado alegando que el régimen jurídico a que se sujeta dicha comunidad pro indiviso no puede excluir en términos absolutos la acción de división de comunidad ejercida por cualquiera de los comuneros, sujetando la disolución de la comunidad al acuerdo unánime de los copropietarios. Pues tales pactos, a su entender, contravenían normas de carácter imperativo, que sancionan los artículos 374 de la Compilación y 400 CC como supletorio. La Dirección General, con apoyo en la doctrina que había promovido la resolución de 18 de mayo del mismo año, encontró fundamento suficiente para su existencia en la voluntad de los sujetos integrantes y en la necesidad funcional impuesta por un destino común. En este sentido, el Organismo se hizo eco del parecer del Notario, para quien «la misma Compilación da cabida a comunidades atípicas, y los garajes en comunidad son una modalidad de las denominadas comunidades funcionales, voluntarias, organizadas y permanentes... Que resultado de esa permanencia y organización (comunidad social) es la exclusión de los derechos de adquisición preferente y de la acción de división, interpretando que el artículo 401, 1.º, CC también excluye la división material, económica y jurídica».

En el fondo de su parecer latía, como ocurrió en el caso anterior, la indeclinable exigencia de dar una respuesta satisfactoria a fenómenos sociales, de más o menos reciente aparición, para los que ni el Código civil ni la misma Ley de Propiedad Horizontal contenían previsiones explícitas¹⁵⁰.

También en esta materia, la *Resolución de 20 febrero 1989*¹⁵¹ se dio validez y acceso al Registro de la Propiedad de Barcelona, a un acuerdo por el cual los distintos copropietarios de un local lo dedican de modo permanente a garaje y excluyen, en el régimen de

¹⁵⁰ Así lo indicó la Dirección General, al afirmar la insuficiencia de la LPH ante situaciones sociales inexistentes en el momento de su publicación, como lo era la posibilidad de agrupaciones de locales o pisos pertenecientes a diferentes edificaciones (Fto. 3.º).

¹⁵¹ (RA 1694). En el supuesto, el tema de la comunidad funcional era colateral y secundario respecto a la cuestión principal. Ésta radicaba en la determinación de si el destino de garaje acordado por todos los titulares dominicales de un local comercial suponía una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y, por ello, era necesario el concurso de los restante propietarios del edificio configurado bajo tal régimen; lo cual fue negado por la DGRN. Incidentalmente se discutía si el convenio en el que se contenían las previsiones de determinación del uso e indivisibilidad eran o no eficaces registralmente.

la copropiedad de la que forman parte, el ejercicio individual de la acción de división mientras dure tal destino. En el presente fallo, la solución acogida se fundamenta en la ausencia de una prohibición legal y en que no se traspasaban los límites legales fijados tanto en la LPH como en el CC.

B) La llamada multipropiedad

a) La importancia de la multipropiedad como fenómeno económico es algo que en la actualidad está fuera de toda duda ¹⁵². Como también lo está la trascendencia de su configuración jurídica, hasta hace poco tiempo huérfana de una regulación normativa específica; que ha venido a colmarse mediante la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Tal vez el uso del término «multipropiedad» no resulte excesivamente apropiado, a la vista de la prohibición expresa contenida en dicha norma, en cuya virtud «*el derecho real de aprovechamiento por turno no podrá en ningún caso vincularse a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad*» (art. 1, ap. 4, Ley 42/1998) ¹⁵³.

¹⁵² Sobre la importancia socio-económica de la institución, puede verse DE LEÓN ARCE, «De la multipropiedad al «time share»: proposiciones comunitarias y proyectos de derecho interno español», *RJN*, 5, 1993, pp. 139 ss.; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La multipropiedad en la práctica notarial», *AC*, 21, 1995, pp. 399 ss.; MUNAR BERNAT, «El derecho real de aprovechamiento por turno, la nueva opción legislativa en materia de multipropiedad», *RCDI*, 647, 1998, pp. 1209 ss.

¹⁵³ La fórmula parece provenir de la legislación francesa en la materia. En este país, gracias al peculiar equilibrio normativo en tema de sociedades inmobiliarias, el modelo societario representa desde hace bastante tiempo el tipo organizativo más difundido en el campo de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Así, la Ley 18/1986, de 6 de enero, que regula específicamente las sociedades de atribución de inmuebles en disfrute a tiempo compartido (una especie del amplio género de las denominadas *sociétés de attribution* ya reguladas por la Ley 579/1971, sobre el acceso a la propiedad inmueble a través de este tipo societario), después de señalar en su artículo 1, párrafo 1.º, que las mismas consisten en la constitución de una sociedad «de cara a la atribución, en su totalidad o por fracciones, de inmuebles para uso principal como vivienda en disfrute por períodos, a los asociados, a quienes no se les asigna ningún derecho de propiedad ni otro derecho real en contrapartida por sus aportaciones», prevé en su artículo 33 la prohibición de denominar los derechos a tiempo parcial así constituidos con términos que contengan referencias lingüísticas a la propiedad. *Vid.* BENOIT *et* FILÉE, «Le contract de service club. Le time sharing», en *Transport et tourisme*, II, Louvaine-la-Neuve, 1992, pp. 105 ss.

De acuerdo con este sistema, en el derecho del socio respecto al inmueble está excluido todo carácter de derecho real; por lo que no puede ser configurado sino como mera consecuencia de la participación social y como efecto directo del contrato social; cfr. BOUCHET, «Le statut des sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé», *AJPI*, 1986, pp. 471 ss. Lo que llama la atención (y queda por dilucidar), es que en el sistema que se ha pretendido establecer en España mediante la Ley 42/1998, en el que el derecho del multipropietario se configura en principio como un derecho real (limitado, pero real), se haya incorporado esta limitación, propia de relaciones crediticias pertenecientes al derecho de las obligaciones.

Sin embargo, la realidad del mercado demuestra que, hasta la aparición de la Ley, la práctica del denominado *time-sharing* venía encauzándose de una manera muy notoria a través del modelo de la copropiedad (o multipropiedad, según la denominación usual), especialmente en los casos de los llamados complejos de apartamentos de uso turístico o vacacional; mientras que la ordenación societaria o de carácter accionarial, de bastante presencia también, se solía reservar mayoritariamente para la denominada «multipropiedad hotelera», en la que los servicios añadidos al disfrute de la unidad habitativa tenían un mayor contenido ¹⁵⁴.

En este contexto, la mayor preocupación de los poderes públicos no estaba tanto en la configuración jurídica del sistema multipropietario, como en la protección de los intereses de los adquirentes de una cuota o participación que llevara aparejado el derecho al correspondiente disfrute durante un período determinado de cada año. Esto motivó la publicación de la *Directiva 94/47/CE*, de 6 de octubre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmueble en régimen de tiempo compartido, de la que es tributaria la Ley 42/1998. La Directiva comunitaria dejaba en libertad a los Estados miembros para la elección del régimen jurídico regulador del fenómeno, obligándoles tan sólo a adoptar una serie de cautelas relativas, en esencia, a la información sobre los elementos constitutivos del contrato y a los procedimientos de resolución del mismo.

La Ley española aprovechó la oportunidad que entrañaba la necesidad de incorporar el contenido de la norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno para proceder a la regulación del fenómeno multipropietario. Y lo ha hecho, a nuestro parecer, apartándose de lo que era habitual en el mercado (copropiedad o sociedad), para establecer un nuevo derecho real limitado de aprovechamiento por turno. Quizá, lo que más sorprende es que el propio legislador reconoce que la ausencia de un régimen legal era más aparente que real y, a pesar de ello, opta por obviar la configuración

¹⁵⁴ Sobre las ventajas de la fórmula inmobiliaria frente a la societaria o accionarial, puede verse CONFORTINI, «In margine a due sentenze in tema di multiproprietà», *DG*, 45, 1989, p. 450; DITTA, «La Direttiva 94/47/CE sulla multiproprietà», *VN*, 1, 1995, pp. 1031 ss. Se destacan factores de diversa índole, que van desde las razones del descrédito ligado a experiencias poco felices de multipropiedades accionariales (quiebra de las sociedades), a la perplejidad relativa al régimen fiscal al cual sujetar las operaciones de venta de los derechos de disfrute, hasta las dudas en orden a la validez misma de la sociedad constituida con el solo fin de la atribución en aprovechamiento a los socios de los bienes pertenecientes a la sociedad.

jurídica menos discutida para imponer otra distinta, y de escasa presencia en el tráfico jurídico-económico ¹⁵⁵.

b) Sea como fuere la Ley 42/1998 pretende, mediante la nueva figura del derecho real de aprovechamiento por turno, encauzar cualquier tipo de derecho que confiera el disfrute de un inmueble por lapsos de tiempo determinados. Es decir, se trata del nuevo cauce que se ofrece para amparar todas las hipótesis de lo que hasta ahora se venía conociendo como multipropiedad o tiempo compartido, por lo que habrá que ir desterrando el uso de un término que sobre todo la práctica había acabado por imponer ¹⁵⁶.

Ahora bien, la propia Ley establece un período transitorio, de dos años de duración, para la adaptación de las situaciones preexistentes a este nuevo diseño jurídico ¹⁵⁷. Por lo que, entendemos, aun hoy es posible hablar de una multipropiedad organizada mediante la constitución de una comunidad sin acción de división, de acuerdo con la interpretación que hemos expuesto. Es decir, una copropiedad que en razón de su tipicidad social y del provecho que genera no puede ser concebida como una simple copropiedad a la que le es aplicable el principio de absoluta divisibilidad del artículo 400 CC; sino que, por el contrario, se trata de una comunidad estable que, en función de su destino, ha surgido sin acción de división tal como quiere el artículo 401, 1.º, CC ¹⁵⁸. Esta concepción técnica de la figura del llamado tiempo compartido no ha originado en la práctica mayores problemas y cuando los litigios se han presentado han sido más en la fase de adquisición del

¹⁵⁵ La exposición de motivos de la Ley 42/1998 afirma que «muy poco después de la introducción de la figura, se convirtió en un lugar común la idea de que la legislación existente era insuficiente para dotar a la misma de un marco legislativo adecuado. Esta idea resultaba cuando menos apresurada. El problema no era tanto de configuración jurídica como de garantizar el efectivo disfrute de cada derecho... Al final, la propia Unión Europea llegó al convencimiento de que el problema no estaba tanto en una teórica insuficiencia legislativa como en el hecho de tratarse de un sector donde el consumidor está especialmente desprotegido...».

¹⁵⁶ MUNAR BERNAT, *op. cit.*, nota 153, p. 129.

¹⁵⁷ D. T. 2.ª, ap. 1: «Los regímenes preexistentes de derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles, construidos o en construcción, durante un período determinado o determinable del año, cuya constitución conste de cualquier forma admitida en derecho deberán adaptarse, en el plazo de dos años, a las disposiciones de la presente Ley.»

¹⁵⁸ Postura que, a nivel doctrinal, es la de mayor predicamento en Italia, cfr., entre otros muchos, ALPA, «Aspetti e problemi attuale della multiproprietà», *GC*, 2, 1983, p. 96; CASELLI, *op. cit.*, pp. 65 ss.; DANUSO, *op. cit.*, pp. 514 y 515; DE CUPIS, *op. cit.*, pp. 194 y 195; GRANELLI, «La “multiproprietà” o le “multiproprietà”?», *Q*, 1986, p. 491; MORELLO, *op. cit.*, p. 204; PETRONE, *op. cit.*, pp. 21 ss.; QUADRI, *op. cit.*, pp. 226 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 24 y 25. Y en España ha encontrado también una favorable acogida por parte de ciertos autores; *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 465 y 466; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 94; MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, pp. 46 y 47; NÚÑEZ IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

derecho, esto es en el ámbito contractual, que en lo relativo al contenido material del mismo ¹⁵⁹.

c) Las razones de tan escasa litigiosidad podrían motivar por sí solas la elaboración de un nuevo estudio, pero hasta tanto no se produzca sí pueden apuntarse algunas reflexiones al respecto. Puede pensarse que la fórmula está tan bien ensamblada que no da lugar a conflictos y controversias, lo que a su vez genera una producción jurisprudencial más bien exigua ¹⁶⁰. O quizá porque, allí donde el legislador se abstiene de intervenir con una disciplina especial, el grado de litigiosidad aparece extraordinariamente reducido gracias a la «fuerza jurídica» que imprime el poder autorregulador de los particulares. Tendencia que se manifestaría en la relación de inversa proporcionalidad existente entre la relevancia económica de las controversias y el recurso al instrumento jurisdiccional. O bien en la práctica siempre más difundida, y largamente generalizada en el sector de la multipropiedad, de remitir al sistema del arbitraje no sólo las controversias de entidad económica más relevante, sino también las financieramente insignificantes pero que al mismo tiempo complican la imagen de la sociedad promotora de la iniciativa. En esta línea se apunta como factor que hace más esporádico y ocasional el encuentro entre la multipropiedad y los jueces, la práctica consistente en el frecuente recurso a una composición transaccional de las controversias: una vía que las sociedades promotoras y comercializadoras utilizan de buen grado para evitar las desfavorables consecuencias de una publicidad negativa, y que los particulares adquirentes aceptan ante la alternativa judicial que, como consecuencia de la derogación convencional del fuero competente, estaría destinada a desenvolverse, en la inmensa mayoría de los casos, ante tribunales situados en localidades distantes centenares o miles de kilómetros de su propia residencia ¹⁶¹.

¹⁵⁹ Hasta donde hemos podido ver, la existencia de resoluciones del Tribunal Supremo en la materia es casi nula. Puede mencionarse la *STS de 12 febrero 1998* (RA 980), en la que de manera incidental se afirma la posibilidad de una configuración real. En el ámbito de las Audiencias Provinciales el tema sí ha sido tratado con frecuencia en los últimos años, aunque en su inmensa mayoría los pronunciamientos versan sobre cuestiones relativas a la conclusión o resolución del contrato de adquisición de un derecho de esta naturaleza; es decir, lo que en general se dirimía era la protección a dispensar al consumidor. En lo demás, suelen aceptar casi sin reparos la posibilidad de una ordenación personal o real del fenómeno. *Vid.*, entre otras muchas, *SAP Las Palmas (1.ª) de 20 julio 1998* (B.C.D. 569); *SAP Baleares (3.ª) de 9 octubre 1997* (B.C.D. 1276); *SAP Málaga (4.ª) de 20 noviembre 1996* (B.C.D. 2162).

¹⁶⁰ QUADRI, *op. cit.*, p. 226; GRANELLI, *op. cit.*, pp. 490 ss.

¹⁶¹ CONFORTINI, *op. cit.*, nota 154, pp. 435 y 436. Hemos de apuntar que sobre esta situación ha incidido directamente la nueva Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 abril 1998, que incorpora la *Directiva 93/13/CEE*, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y que entre otras

d) Con carácter singular, la multipropiedad como figura de manifiesta tipicidad social ha encontrado eco en la labor de la DGRN. Y, de entre los muchos aspectos que presenta, el que a nosotros ahora nos interesa (su consideración como comunidad funcional) ha sido tratado especialmente en la *Resolución de 4 marzo 1993*¹⁶²; fallo de notable calado jurídico, que ha provocado numerosos comentarios doctrinales¹⁶³. Los hechos más importantes, a nuestros efectos, consistieron en que, mediante escritura pública, se había transmitido una participación indivisa de una finca urbana ubicada en un edificio en régimen de propiedad horizontal. El negocio jurídico contenido en el documento se configuró como venta de cuota indivisa en régimen de multipropiedad o propiedad por turnos. Entre sus cláusulas se pactaban la eliminación de los derechos de tanteo y retracto así como del ejercicio de la acción de división, y se reservaba al comprador el aprovechamiento exclusivo de la semana veinticuatro del calendario.

El Registrador denegó la inscripción, en lo esencial, por no resultar de la escritura presentada la constitución del régimen de multipropiedad. Pero además estimó concurrentes, entre otros, los siguientes defectos: a) contradicción entre la cláusulas en que se recogía la exclusión del tanteo y retracto y de la acción de división y la atribución del goce exclusivo de una porción de tiempo; b) inadmisibilidad de la exclusión de los derechos de tanteo y retracto y del ejercicio de la acción de división. El Notario recurrió la nota, aduciendo la *vocación al derecho real* de la figura de la multipropiedad, que se manifestaba, entre otras razones, por las eliminaciones pactadas¹⁶⁴. Del mismo modo, entendía que «la supresión de la *actio communi dividundo* no era contraria a derecho, puesto que la multipropiedad está configurada como una comuni-

medidas reforma la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 julio 1984, cuyo nuevo artículo 10, apartado 4, intenta impedir el uso abusivo de la cláusula arbitral frente a los consumidores; además, prevé en su nueva DA 1.ª un elenco de cláusulas que se estiman abusivas y, entre las que se señala «26.ª La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico».

¹⁶² RA 2471.

¹⁶³ Pueden verse, para ello, los efectuados por CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pp. 2086 a 2100; GARCÍA MAX, *op. cit.*, nota 137, pp. 1665 a 1684; MUNAR BERNAT, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 4 marzo 1993», *CCJC*, 32, 1993, pp. 495 a 512; MUÑOZ DE DIOS, *op. cit.*, pp. 939 a 943.

¹⁶⁴ Afirmaba el Notario que «la naturaleza jurídica de la multipropiedad como una comunidad funcional atípica, es lógico que conforme un estado jurídico distinto de las normas que nuestro ordenamiento civil dedica al contenido ordinario. Son las partes quienes, de conformidad con el principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad, configuran un conjunto de pactos que crean el Estatuto jurídico con vocación de acceso al Registro de la Propiedad. La propia configuración intrínseca del negocio jurídico de la multipropiedad supone un límite importantísimo a su propia regulación por las

dad funcional y atípica; y, por consiguiente, cuando la comunidad no impide la circulación de bienes, sino al contrario, la potencia, no tiene sentido impedir la indivisión permanente, y al multipropietario que no quiere permanecer en la indivisión le basta con transmitir su participación a otra persona interesada en la comunidad. Por otro lado, existe un sólido apoyo a la exclusión de dicha acción en el artículo 401, 1.º, CC». El Tribunal Superior de Justicia aceptó el parecer del Registrador, para lo que se fundó en los mismos argumentos alegados por éste en su informe.

La Dirección General confirmó el auto, pero revocó la decisión del Registrador en cuanto a los defectos que creía existentes por consecuencia de la exclusión del tanteo y retracto y de la acción de división. En este caso, a pesar de no autorizarse la inscripción del concreto acto transmisivo, se contiene un conjunto de declaraciones que supusieron una aceptación total de la institución multipropietaria como copropiedad *pro indiviso* u ordinaria, caracterizada por su estabilidad y por la inexistencia de acción divisoria. Cuya constitución la entendió admisible a partir de la autonomía de la voluntad reconocida en el artículo 392, 2.º, CC: «no se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2-2.º LH y 7.º RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-II CC). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia erga omnes de los derechos reales (Fto. 3.º)».

Y a partir de aquí se admite la validez de los pactos de exclusión de la acción divisoria como manifestaciones de algo que por definición forma parte ya de la misma comunidad: «Pero es más, respecto de ninguna de las exclusiones pactadas (del derecho de retracto y de la acción de división) hay inconveniente para que puedan acceder al Registro si la multipropiedad apareciera bien constituida —lo que no sucede en el caso— pues tales exclusiones serían sólo la confirmación de unos efectos que son por sí connaturales a dicha figura (Fto. 6.º).»

Podría parecer entonces una redundancia censurable pactar de forma explícita algo que constituye un elemento esencial del

partes; debe admitirse todo aquello que sin ser contrario a la norma imperativa, conduzca al fin social e individual que la multipropiedad, como todo derecho real, debe cumplir en el orden social; de ahí que el multipropietario haga dejación de algunas facultades que integran el concepto de la propiedad absoluta, y que sin afectar a su esencia facilita esta nueva forma jurídica».

negocio. Sin embargo, frecuentemente nos encontramos, desde la perspectiva de una jurisprudencia cautelar, con la recomendación de incluir, en los acuerdos constitutivos de la multipropiedad, cláusulas de este giro, dado el peligro que entraña la exacerbada interpretación jurisprudencial del carácter imperativo del artículo 400 CC ¹⁶⁵.

Ahora bien, la *Resolución* consideró que en la multipropiedad existe, aunque no lo diga abiertamente, lo que se ha denominado *vinculación institucional* entre el período y la cuota ¹⁶⁶, y que determina que el derecho sobre cada unidad inmobiliaria, junto con el de participación en los elementos comunes, constituya una sola unidad jurídica. No hay así comunidad sobre el mismo dominio, sino sólo sobre aquellos elementos de propiedad conjunta que, por ser accesorios del principal, seguirán en su desenvolvimiento jurídico las vicisitudes de éste ¹⁶⁷:

Todo lo anterior supuso, en esencia, una silenciosa adhesión a la tesis que propugnaba la indivisibilidad por inaplicabilidad del artículo 400 CC, en la medida en que este precepto no encuentra razón de ser mientras este tipo de comunidades cumplan las funciones socio-económicas que le son propias. Pero no para todo tiempo y circunstancias: de manera que, desaparecida esa coyuntura favorable y la situación de comunidad pase a revelar la inutilidad de su mantenimiento, la acción para dividirla vuelve a ser procedente ¹⁶⁸.

Admitido esto, ¿cómo justificar entonces la indivisibilidad de los elementos comunes, sobre los que se proyecta igualmente un derecho de participación de los distintos multipropietarios? Una posibilidad sería recurrir al juego analógico, y hacerles extensible la disposición del artículo 4.º LPH ¹⁶⁹. Sin embargo, la generalidad

¹⁶⁵ Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, pp. 49 y 50; HERRERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 101; MUNAR BERNAT, *op. cit.*, nota 3, p. 113. En Italia, *vid.* MINUSSI, *op. cit.*, p. 224.

¹⁶⁶ De esta vinculación ya había hablado con antelación BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *op. cit.*, pp. 239 ss., para reconocer la existencia de comunidades en las que se producía una asociación entre el turno y la cuota, pero sólo con carácter instrumental, de manera que el uso de la cosa común, dentro de los límites del artículo 400 CC, debía hacerse por medio del turno.

¹⁶⁷ «En la llamada multipropiedad, como en la propiedad horizontal, no se da el retracto de comuneros ni la acción de división, porque en esos regímenes de la propiedad lo característico es que el dominio o derecho sobre cada una de las unidades inmobiliarias -los períodos, los pisos y locales- constituye, con su anejo inseparable, el derecho de participación en los elementos comunes, una sola unidad jurídica: el derecho de participación en los elementos comunes no puede tener vida autónoma, sino el mismo destino jurídico que el dominio o derecho con el que inseparablemente se integra» (Fto. 6.º).

¹⁶⁸ «Terminada la multipropiedad renacerá, con toda su fuerza, la acción de división, porque es de interés público facilitar la terminación de la situación socialmente indeseable que implicaría el consiguiente condominio (que tan frecuentemente supondrá la muerte económica del inmueble a él sujeto)» (Fto. 6.º).

¹⁶⁹ Cfr. LEYVA DE LEYVA, «La propiedad cuadrimensional: un estudio sobre la multipropiedad», *RCDI*, 566, 1985, pp. 90 y 91. En Italia, puede verse en MAGLIA, «*Multipro-*

de la doctrina considera inaplicable este precepto y, en ocasiones, cualquier recurso analógico a las normas de la LPH¹⁷⁰. Más oportuno parece, también en esto, entender que, siendo accesorias de otras privativas de los copropietarios a cuyo servicio están destinadas, no procede respecto de ellas la *communi dividundo* por virtud de lo preceptuado en el artículo 401, 1.º, CC, tal como se viene interpretando modernamente. Sin que queden eliminadas del tráfico económico, por cuanto circulan con la parte privativa de la que dependen, como pone de manifiesto la *Resolución* al decir que el derecho de participación sobre los elementos comunes tiene el mismo destino jurídico que el derecho con el que inseparablemente se integra¹⁷¹.

C) Las urbanizaciones privadas

a) Uno de los fenómenos más fácilmente perceptibles en los últimos años ha sido el creciente desarrollo y la proliferación de las llamadas urbanizaciones privadas o urbanizaciones de iniciativa particular. Su importancia, tanto económica como social, es verdaderamente insoslayable¹⁷². Se trata de realidades existentes a lo largo y ancho del territorio nacional que, en el presente, no pueden ser concebidas como simples manifestaciones de una sociedad de consumo, sino que más bien pretenden superar los defectos de las modernas ciudades altamente masificadas y con niveles de concentración difícilmente soportables. Es lo que se ha dado en llamar una «revisión crítica de la ciudad»¹⁷³.

Supone una realidad motivada por numerosos y distintos factores, pero que pueden concentrarse, como ha indicado algún autor, en una doble dimensión: a) una, de carácter *geográfico-psicológica*, que significa la consecuencia de la necesidad que siente el indi-

prietà immobiliare: l'interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla applicabilità (o meno) della disciplina condominiale», ALC, 1997, pp. 21 ss.

¹⁷⁰ Cfr. DE LA CUESTA SÁENZ, «Introducción de Derecho español» a *La multipropiedad*, de T. Calò y E. Corda, Madrid, 1985, p. XVIII; PAU PEDRÓN, *op. cit.*, nota 31, p. 19; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Promoción y adquisición de viviendas en régimen de multipropiedad*, Madrid, 1988, pp. 43 y 44.

¹⁷¹ MIQUEL GONZÁLEZ, *op. cit.*, nota 5, p. 48.

¹⁷² Sobre el origen y las razones económicas y sociales de la difusión de este fenómeno, *vid.* MARTÍN MATEO, «Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas», *RAP*, 45, 1964, pp. 35 ss., en especial, pp. 45 a 54; ÁVILA ÁLVAREZ, «El régimen jurídico privado de las urbanizaciones. Aspectos notariales», *RDU*, 58, 1978, pp. 41 ss., en especial, pp. 46 a 49; RAGEL SÁNCHEZ, *Las urbanizaciones de uso privado*, Madrid, 1990, pp. 13 ss.; LASO MARTÍNEZ, «De la propiedad de las casas por pisos a los conjuntos inmobiliarios», *RCDI*, 619, 1993, pp. 1825 ss.

¹⁷³ Así, MARTÍN BLANCO, «Las urbanizaciones privadas y su posible configuración jurídica», *AAMN*, XX, 1976, pp. 141 ss.; AMORÓS GUARDIOLA, «Aspectos registrales de las urbanizaciones», *RDU*, 62, 1979, pp. 13 ss.

viduo de «huir» de la ciudad hacia lugares distantes y distintos de esa «cárcel» que constituye hoy día la gran urbe; b) otra, de naturaleza *objetivo-jurídica*, representada por la costumbre de acotar mayores o menores extensiones de terreno que van a constituir el complejo o conjunto residencial al que se denomina urbanización, y que posteriormente se van enajenando para construir edificios destinados al descanso de sus propietarios, dotando al conjunto de unos elementos y servicios comunes cuyo régimen jurídico conviene regular de la forma más perfecta y adecuada¹⁷⁴. Así, esta situación ha cobrado tal relieve que se descubre en ella un triple fenómeno. El *jurídico*, en la medida que la legislación que incide en la materia es, paradójicamente, múltiple en ciertos aspectos e insuficiente, e incluso inexistente, en otros. El *económico*, por cuanto se integra en el sector de la edificación, en la actualidad un potente motor de la economía de muchos países, y en el mercado inmobiliario, canalizadores pujantes de la inversión y del ahorro. Y, por último, el *social*, ya que la satisfacción de la necesidad de vivienda se ha terminado por presentar como conquista básica de un Estado social¹⁷⁵.

Nos estamos refiriendo en esencia a manifestaciones de la actividad de los particulares, en las que éstos ejecutan la urbanización y edificación de los terrenos, asumiendo los costes y gastos de dicha actuación, y que pueden ir desde la elaboración del correspondiente instrumento de planeamiento hasta la ulterior fase de transmisión y comercialización de su resultado¹⁷⁶. Resultado final que, en todo caso, vendría a ser «un sector enclavado en suelo urbano, con organización propia de carácter arquitectónico y jurídico, compuesto por ciertos inmuebles adquiridos por una pluralidad de personas, que tienen la finalidad de utilizar establemente una zona exterior y subordinada, perteneciente también a la urbanización, en concurrencia con los demás propietarios y con exclusión de aquellos que no tienen esa cualidad»¹⁷⁷.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, «¿Existen propiedades horizontales atípicas en nuestro Derecho?», *ADC*, 1, 1978, p. 8.

¹⁷⁵ Un apunte de estas ideas se encuentran en SAPENA TOMÁS, «Problemática jurídica de las urbanizaciones privadas», *RDN*, 57-58, 1967, pp. 66 ss.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *Las urbanizaciones privadas*, Madrid, 1987, pp. 39 ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 149 y 150.

¹⁷⁶ No se trata, como ha puesto de manifiesto NASARRE ALASTRUEY, *Las urbanizaciones particulares*, Madrid, 1972, pp. 30 ss., de que los particulares actúen como meros agentes colaboradores de la Administración Pública, sino que asumen la redacción y ejecución de los planes y la Administración se limita a desarrollar una actividad fiscalizadora, de vigilancia y control del desarrollo de aquéllos. En este sentido, *vid.* LLISSET BORRELL, *La actividad urbanística de los particulares*, Madrid, 1975, pp. 131 ss.

¹⁷⁷ RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 88.

Se trata de una realidad material que en el terreno práctico da lugar a múltiples denominaciones: urbanizaciones, urbanizaciones particulares, urbanizaciones de iniciativa particular, urbanizaciones privadas, urbanizaciones de uso privado, complejos o conjuntos urbanísticos, complejos o conjuntos inmobiliarios, etc. Sin que exista unidad de criterio en torno a la expresión más adecuada; probablemente porque cada una contempla un aspecto o un elemento que aparece como delimitador en cada fase de la mencionada actividad ¹⁷⁸. En suma, hablamos de un terreno dividido en parcelas sobre las que se construyen viviendas unifamiliares individuales y, en ocasiones, se combina la existencia de éstas con edificios de no muy amplias dimensiones, destinados a viviendas y/o locales; y juntamente con ello existen otras zonas o dotaciones (zonas verdes, de recreo, instalaciones deportivas, etc.) destinadas al mejor uso y disfrute de las primeras, y que pertenecen en conjunto a los propietarios de éstas en indivisión forzosa y permanente ¹⁷⁹.

b) En lo que interesa a nuestro trabajo, podría considerarse que tales elementos comunes forman parte del ámbito objetivo del artículo 401, 1.º, CC, de acuerdo con la interpretación que proponemos de este precepto. Para ello ha de tenerse en cuenta las consideraciones siguientes.

En primer lugar, se ha apuntado la existencia de una laguna legal a la hora de regular el aspecto civil o privado de las urbanizaciones. La ausencia de una normativa específica obliga, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a indagar en las figuras jurídicas afines, con el fin de hacer extensivas a aquéllas las normas que el legislador ha dispuesto para situaciones en alguna medida análogas ¹⁸⁰. Ahora bien, la respuesta que se obtenga no va a ser siempre uniforme, pues dependerá del tipo de relación que se establezca y del elemento real afectado, con soluciones dispares en fun-

¹⁷⁸ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 153. Para RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 89, desde la perspectiva del Derecho civil no es conveniente el uso de la expresión «urbanizaciones privadas», pues se presta a confusión con las denominadas «urbanizaciones de iniciativa particular», cuyo acento se pone en el proceso urbanizador, de finalidad predominantemente pública. Por tal razón, le parece más oportuno utilizar la fórmula «urbanización de uso privado», que tiene la ventaja de poner el acento en la realidad resultante y en la finalidad predominantemente privada. Sin embargo LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1828 ss., considera preferible el empleo de la terminología «conjuntos inmobiliarios», expresión que ha prevalecido en el Derecho francés y que tendría la virtud de ser una expresión aséptica que cubriría todas las variantes que pueden presentarse.

¹⁷⁹ Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 49 y 50; CHICO Y ORTIZ, «Las urbanizaciones, la Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 484, 1971, pp. 506 y 507; CÁRDENAS HERNÁNDEZ, «Urbanizaciones y parcelaciones en suelo rústico», *RDP*, 59, 1975, pp. 103 y 104.

¹⁸⁰ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *op. cit.*, pp. 65 ss.; FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

ción de que se hallen en juego intereses relativos a partes privativas de los interesados o cuando lo afectado sean elementos comunes de la urbanización ¹⁸¹.

En general, tratándose de estos últimos, se ofrecen distintas vías. Una de ellas, mediante la creación de una persona jurídica (sociedad o asociación), integrada por los propietarios y encargada de la gestión, mantenimiento y, en general, conservación de los elementos puestos al servicio de los interesados ¹⁸². Los principales problemas que plantea esta alternativa residen, por un lado, en que tratándose de una asociación constituida a los efectos mencionados, ha de respetarse el derecho de los propietarios a no formar parte de la misma. Es decir la pertenencia a dicho ente en ningún caso puede tener carácter forzoso; pudiendo cualquiera de sus miembros renunciar, en cualquier momento, a su condición de asociado sin por ello perder la de propietario de una de las viviendas o locales del complejo ¹⁸³. Renuncia que en ningún caso le relevará de la obligación de contribuir a los gastos y cargas que por tal circunstancia deba soportar para el mantenimiento y conservación de los elementos comunes ¹⁸⁴. Por otro lado, si se trata de una sociedad, los conflictos, al menos a nivel teórico, están en función del carácter *intuitu personae* de la misma, que podrían generar problemas a la hora de la transmisión de la cualidad de socio sin el consentimiento unánime de todos los demás o, incluso, la posibilidad de disolución del ente por voluntad de cualquiera de los socios de acuerdo con el artículo 1700 CC ¹⁸⁵.

Otra posibilidad es la aplicación de las reglas de la Ley de Propiedad Horizontal, bien por estimar que se trata de un supuesto que encaja dentro del marco de dicha Ley, bien porque consiente una

¹⁸¹ Cfr. SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

¹⁸² Es el modelo establecido en Francia con arreglo a la *Ley 557/1965, de 10 de julio*, desarrollada por el *Decreto 768/86, de 9 de junio*. Sobre el sistema y los problemas que genera, cfr. LEVINSHON, «La gestion des ensembles immobiliers», *AJPI*, 1987, pp. 664 ss.; GIVORD E GIVERDON, *La copropriété*, Paris, 1987, pp. 38 ss. Una propuesta en el Derecho español, puede verse en BLANQUER UBEROS, «La unificación de los sujetos en el régimen jurídico privado de las urbanizaciones», *RDU*, 60, 1978, pp. 87 ss.

¹⁸³ Así ha sido interpretado el derecho fundamental de asociación del artículo 22.1 CE, en su vertiente negativa, por el Tribunal Constitucional; *vid. SSTC 183/1989, de 3 noviembre* (específicamente en un caso de urbanizaciones privadas) y *113/1994, de 14 abril* (sobre afiliación obligatoria a la Cámara de Propiedad Urbana). También el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto, en el mismo sentido, en la *STS de 5 julio 1996* (RA 5576).

¹⁸⁴ GÓMEZ DE LA ESCALERA, «¿Cuál es el régimen jurídico aplicable a las macrocomunidades, conjuntos inmobiliarios o urbanizaciones privadas? ¿Es procedente la aplicación del régimen de las asociaciones?», *SEPIN*, 166, 1997, p. 53.

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 163; TORRES LÓPEZ, «Las supracomunidades o mancomunidades de propietarios en los modernos conjuntos inmobiliarios», *AC*, 4, 1997, p. 1122.

aplicación analógica de sus normas ¹⁸⁶. Ésta es la postura que ha encontrado mayor eco en el plano doctrinal y jurisprudencial, pero a la que también se le señalan inconvenientes derivados principalmente de la distinta realidad objetiva que contempla la LPH, que impediría una aplicación analógica sin más de sus preceptos ¹⁸⁷. Sin embargo, sigue siendo el criterio más difundido y el que suscita una mejor acogida sobre todo en la doctrina científica y, de forma más dudosa, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ¹⁸⁸.

Una última opción la constituye considerar que son de aplicación las reglas de la comunidad de bienes del Código civil. Así, se sostiene que la idea de la existencia de una laguna legal en la materia es una cuestión más aparente que real. Que el codificador no hubiera tenido presente el fenómeno de las urbanizaciones privadas no justificaría por sí solo la existencia de una laguna en la materia. Antes bien, el legislador —y, especialmente, el del Código— únicamente podía prever y regular supuestos genéricos, y tales normas de carácter y alcance general han de ser aplicadas a todos aquellos casos para los que no exista una especial disposición que sea de directa y preferente aplicación. Siendo así que la regulación de la comunidad, de acuerdo con el artículo 392 CC, debe entenderse aplicable en toda hipótesis de copropiedad en la que el título o la ley no establezca otra cosa ¹⁸⁹.

Con arreglo a esta idea, en las urbanizaciones privadas, a falta de una normativa específica, deben ser de aplicación las normas del título III, libro, II CC. Los principales escollos se centran en la insuficiencia de las normas del Código para regular todas y cada una de las especiales y complejas relaciones que se establecen en este tipo

¹⁸⁶ Así, para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, p. 11, se trata de un caso de propiedad horizontal atípica; para SAPENA TOMÁS, *op. cit.*, p. 516, integraría un supuesto de lo que denomina «propiedad horizontal tumbada», y para RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *op. cit.*, pp. 107 ss., entre tales realidades materiales existe tal identidad de *ratio* que justifica sobradamente el recurso a la analogía.

¹⁸⁷ Cfr., entre otros, CÁRDENAS HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 105 y 106; MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, pp. 185 y 186; PAVÓN, «Comunidades complejas en régimen de división horizontal», *RDP*, 486, 1985, pp. 410 ss.

¹⁸⁸ *Vid.*, en el plano doctrinal, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pp. 53 a 55; TORRES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1120; LOSCERTALES FUENTES, «Los elementos comunes II», *SEPIN*, 167, 1997, pp. 42 y 43. En el ámbito jurisprudencial suelen señalarse, especialmente, las *SSTS* de 13 noviembre 1985 (RA 5606), de 28 mayo 1986 (RA 2831), y de 18 abril 1988 (RA 3175). Sin embargo, en la mayoría de los casos abordados en estas resoluciones, se trataba de urbanizaciones en las que sus integrantes previamente habían declarado su deseo, a través de los correspondientes estatutos, de someterse supletoriamente a las disposiciones de la LPH. Por tanto, más que afirmar la sumisión al régimen de la Ley, en realidad sancionan la libertad de los particulares para acordar dicho régimen y, en consecuencia, la fuerza vinculante de su declaración de voluntad a través del cauce contractual. Cfr. RAGEL-SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁹ VINCENTI, *op. cit.*, pp. 89 a 91.

de agrupaciones y, por otra parte, en la pretendida absolutividad de la acción divisoria contemplada en el artículo 400 CC que podría conllevar la disolución de la comunidad constituida sobre los elementos de propiedad común ¹⁹⁰.

Aunque se ha respondido a tales objeciones aduciendo que el Código consiente, conforme al artículo 392, 2.º, CC, la adopción de pactos contractuales que, en forma de estatutos, permiten una mejor y más minuciosa ordenación de las relaciones internas de los condóminos, de cara al uso y disfrute de tales elementos comunes. De esta forma, el precepto favorecería una adaptación a la realidad concreta de la urbanización de mayor alcance y con más agilidad que la que permiten las normas de la LPH ¹⁹¹. Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de ejercicio de la *actio communi dividundo*, la misma estaría eliminada por el juego del artículo 401, 1.º, CC que, como ya hemos expuesto, excluye la referida acción cuando se trata de comunidades sobre cosas que, como en este caso, tras la disolución dejarían de servir para el uso al que están destinadas ¹⁹².

c) En definitiva, parece oportuno reconocer que, en lo que se refiere al aspecto jurídico-privado de las urbanizaciones privadas, el régimen aplicable, determinante en consecuencia de la naturaleza jurídica de la urbanización de que se trate, vendrá delimitado esencial y fundamentalmente por la voluntad de los particulares. Cuando ésta no se haya manifestado, bien porque no exista título constitutivo, estatutos o reglamentos que fuesen aplicables, o bien porque los mismos sean nulos o, en su caso, insuficientes, entonces sí surgirá el problema de señalar las normas de aplicación al caso. Y, ante tal horizonte, también se ha apuntado que, en lugar de aplicar una solución única para todos los casos, sería preferible aislar el aspecto concreto que sea objeto de análisis y optar por las normas de la LPH o de la comunidad de bienes, en función de las exigencias que impongan las circunstancias del caso concreto ¹⁹³.

d) Por su parte, la *Jurisprudencia* no se ha prodigado excesivamente en esta materia, aunque podemos encontrar distintas resoluciones en las que afirma la aplicabilidad de la LPH, normalmente por vía analógica. Así, la *STS de 28 mayo 1986* ¹⁹⁴, indica que «se

¹⁹⁰ Cfr. ÁVILA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 51; AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁹¹ Cfr. FUENTES LOJO, *Suma de la propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial*, Barcelona, 1990, pp. 876 ss.

¹⁹² Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 8, pp. 284 y 285; RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 133.

¹⁹³ FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 172 y 173, considera preferible esta alternativa y viable en virtud del criterio de la equidad sancionado en el artículo 3.º CC.

¹⁹⁴ Un análisis de la misma puede verse en COCA PAYERAS, «Comentario a la STS de 28 mayo 1986», *CCJC*, 11, 1986, pp. 3673 ss.

acepta la situación de copropiedad similar a la conocida como propiedad horizontal, por la existencia de un derecho de propiedad singular sobre cada parcela y un derecho de copropiedad sobre un conjunto de elementos comunes y por la voluntad manifiesta de las partes de aplicar el régimen de la propiedad horizontal» (*Fto. 4.º*). Afirmando, asimismo, que «las limitaciones nacen, por vía contractual, con apoyo legal, en otras situaciones, como la que se contempla, en las que existen una especial comunidad, como la que deriva de las urbanizaciones cuya analogía con la propiedad horizontal es patente por la particular situación de distintos elementos, unos propios y otros comunes y porque, en este caso, la aplicación de las normas de la propiedad horizontal ha sido buscada de propósito» (*Fto. 6.º*). Con ello podemos ver que esta sentencia falla ateniéndose a la jerarquía de fuentes establecida por las partes, quienes quisieron someterse al régimen de la LPH, pero no resuelve el problema del régimen jurídico aplicable a tales situaciones. Como también lo deja sin resolver la *STS de 18 abril 1988*, la cual declaró aplicable las disposiciones del artículo 396 CC y LPH en la medida en que los interesados declararon expresamente querer someter a tal régimen ¹⁹⁵.

Por otra parte, la *STS de 13 marzo 1989* ¹⁹⁶ parece decantarse por la aplicación de la ley especial, al precisar que «a fin de no frustrar la finalidad para la que se efectuó una parcelación y urbanización, ha de recurrirse a lo dispuesto en el artículo 396 CC y por ende a la LPH de 1960», sin perjuicio de la imposición que al respecto comportan, en materia de urbanizaciones privadas, los preceptos de la legislación administrativa, «que vienen a regular el comportamiento de las urbanizaciones privadas en su compleja problemática, ya que, de otra suerte, no podrían satisfacerse las necesidades que entraña» (*Fto. 4.º*).

Y en la *STS de 23 septiembre 1991* ¹⁹⁷, se hacen las siguientes consideraciones: «tanto doctrinal, como jurisprudencialmente se admite, en el caso de las urbanizaciones, la posibilidad de coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para su administración: la propia y exclusiva de cada edificio con pluralidad de viviendas y la de la Urbanización, cada una con sus propios cometidos comunitarios, pero hallándose ambas sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento (a falta de una regulación específica de la segunda), ... al régimen de la LPH... Aun cuando se entendie-

¹⁹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, p. 168.

¹⁹⁶ (RA 2038).

¹⁹⁷ (RA 6059). Sobre ésta, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, «Comentario a la STS de 23 septiembre 1991», *CCJC*, 27, 1991, pp. 957 ss.

ra que la Comunidad de la Urbanización no se halla sometida al régimen de la LPH, los miembros de la misma siempre integrarían una comunidad de propietarios regida por las normas del CC relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC)» (*Fto. 2.º*). De todo ello resulta la aceptación, a nivel jurisprudencial, de la prevalencia de las normas de la LPH siempre y cuando los interesados no hayan manifestado una voluntad distinta¹⁹⁸. Línea que parece consolidada y en la que se mueve también la *STS de 30 septiembre 1997*¹⁹⁹, que abiertamente declara: «la analogía, que contempla el artículo 4.º, 1, CC, exige una semejanza o identidad de razón que no se da en el presente supuesto con la Ley de Propiedad Horizontal que es una ley especial que se aplica a un tipo específico de comunidad; a su normativa se aplica supletoriamente el CC según el artículo 4.º, 3 de este último. Pero no cabe que sus normas se apliquen a otras entidades. Distinto es el caso de aquellas comunidades que son tipos especiales de propiedad horizontal (como la llamada propiedad horizontal acostada, o los conjuntos inmobiliarios) a las que se aplica la Ley de Propiedad Horizontal directamente, no por analogía»²⁰⁰.

e) Por su parte, la *Dirección General de los Registros y del Notariado* ha tenido también ocasión de emitir su parecer al respecto de las urbanizaciones privadas. Entre las más interesantes se encuentra la *Resolución DGRN de 2 abril 1980*²⁰¹, en la cual, tras poner de manifiesto la importancia del fenómeno y de las complejas relaciones jurídicas derivadas del mismo, advierte la necesidad de dotarlas, desde el punto de vista jurídico, de un «tratamiento diverso acorde con la finalidad pretendida, y pueden dada la ausencia de normas legales reflejarse a través de una situación de comunidad o bien mediante el establecimiento de limitaciones o servidumbres recíprocas entre las distintas fincas registrales que están comprendidas en la Urbanización» (*Cdo. 6.º*). Pero, junto a ello, también sostuvo «que en tanto no aparezca la normativa legal que regule esta nueva figura jurídica se hace preciso arbitrar los medios pertinentes para que pueda tener reflejo en el Registro dicha figura, y entre ellos cabe estimar aquel que se inspira en la forma de acceso de la propiedad horizontal» (*Cdo. 11.º*).

¹⁹⁸ Con posterioridad, las *SSTS de 26 junio 1995* (RA 5115) y de *5 julio 1996* (RA 5576), declaran también aplicable la LPH, fundamentando su decisión, entre otros argumentos, en la doctrina establecida en las sentencias aludidas.

¹⁹⁹ (RA 6669).

²⁰⁰ Poco después la *STS de 29 julio 1998* (RA 6450), resuelve en un supuesto de urbanizaciones privadas, aplicando nuevamente la LPH en la medida en que los interesados se habían sometido expresamente a sus disposiciones.

²⁰¹ (RA 1604).

De un tenor muy parecido es la *Resolución DGRN de 20 julio 1988*²⁰², en la que se deniega la inscripción de determinadas segregaciones de terrenos destinados a zonas comunes, por no existir el acuerdo unánime exigido en la LPH para la desafectación; pero al propio tiempo declara la subsistencia de la organización específica de que dicha comunidad se hubiera dotado al amparo del artículo 392, 2.º, CC (Fto. 3.º). Asimismo, en las *Resoluciones DGRN de 27 mayo y de 5 septiembre 1988* excluye la aplicación analógica de la LPH por ausencia de conexión entre la finca y los elementos comunes, por lo que había de regir las reglas de la comunidad de bienes.

f) Por consiguiente, no es fácil tampoco, de acuerdo con la doctrina de la *DGRN*, establecer un criterio unívoco en torno a la legislación aplicable en los supuestos de las denominadas urbanizaciones privadas. La falta de homogeneidad doctrinal y la dificultad de establecer un criterio claro a nivel jurisprudencial, derivadas ambas circunstancias de las especiales y complejas relaciones que se dan cita en esta materia, han motivado que numerosos autores hayan proclamado la necesidad de una regulación específica que contemplase todos y cada uno de los aspectos que consideraban insuficientemente cubiertos por la legislación vigente²⁰³.

Los intentos por llevar a la práctica este deseo han cristalizado en diferentes proyectos, que han ido jalonando las últimas tres décadas y que no han terminado de ver la luz²⁰⁴. Por último, el legislador ha optado por incorporar la ordenación de las urbanizaciones privadas a la LPH, aprovechando la reforma que de la misma ha efectuado a través de la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. El objetivo de esta nueva Ley es, fundamentalmente, la adaptación de la LPH a las nuevas situaciones y necesidades sociales en el ámbito de la propiedad horizontal, para lo que ocupa sobre todo de la flexibilización del régimen de

²⁰² (RA 6353).

²⁰³ De este parecer son, entre otros, AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 20; ÁVILA ÁLVAREZ, *op. cit.*, pp. 45 y 46; LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 1849 y 1850; MARTÍN BLANCO, *op. cit.*, p. 189; MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pp. 70 y 71; NASARRE ALAUSTREY, *op. cit.*, p. 83; PÉREZ PASCUAL, *op. cit.*, pp. 23 y 24; TORRES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1118.

²⁰⁴ Así, pueden señalarse dos borradores de anteproyecto de regulación exclusivamente privada, redactados por el Ministerio de Justicia en la década de los sesenta y setenta; otro borrador de urbanizaciones y conjuntos inmobiliarios elaborados en los años 1980 y 1981 por los Ministerios de Justicia y Obras Públicas (*vid.* LASO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 1847); y, ya en la década de los noventa, otros dos borradores de anteproyectos de conjuntos inmobiliarios de 1990 y 1991 del Ministerio de Justicia (*vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios de 1991», en *Conjuntos inmobiliarios y multipropiedad*, Barcelona. 1993).

mayorías instaurado por la Ley de 1960, así como con la adopción de una serie de medidas que pretenden agilizar y hacer más efectiva la lucha contra la morosidad.

La Ley 8/1999 extiende la aplicación de las normas de la LPH a lo que denomina «complejos inmobiliarios privados» (art. 2). A esta figura dedica el nuevo capítulo III, integrado por el artículo 24 LPH, en el que se delimita físicamente lo que debe entenderse por tales complejos²⁰⁵. También establece el régimen de su constitución, bien a través de una sola comunidad, bien mediante la creación de una agrupación de comunidades, lo cual estará en función del tipo de realidad arquitectónica de que se trate en cada caso. Pero lo que sí parece claro es que, en el seno de esta nueva expresión, la Ley engloba tanto lo que se venían denominando supracomunidades o macrocomunidades como las más sencillas urbanizaciones privadas²⁰⁶.

Parece entonces haber prevalecido la tesis de quienes propugnaban la aplicación de las normas de la LPH frente a las reglas del CC. Aun con todo, merecen destacarse dos circunstancias en esta nueva regulación. De un lado, el reconocimiento y valor que se le atribuye a la voluntad privada, por encima incluso de las propias prescripciones de la Ley. Así, el apartado 4 del artículo 24 indica que «a los complejos inmobiliarios privados que no adopten ninguna de las formas jurídicas señaladas en el apartado 2 les serán aplicables, supletoriamente respecto de los pactos que establezcan entre sí los copropietarios, las disposiciones de esta Ley con las

²⁰⁵ «El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 CC será aplicable a aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos:

a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales.

b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las vivienda o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios» (art. 24, ap. 1, LPH).

²⁰⁶ Los complejos inmobiliarios privados a que se refiere el apartado anterior podrán:

a) Constituirse en una sola comunidad de propietarios a través de cualquiera de los procedimientos establecidos en el párrafo 2.º del artículo 5. En este caso quedarán sometidos a las disposiciones de esta Ley, que les resultaran íntegramente de aplicación.

b) Constituirse en una agrupación de comunidades de propietarios. A tal efecto, se requerirá que el título constitutivo de la nueva comunidad agrupada sea otorgado por el propietario único del complejo o por los presidentes de todas las comunidades llamadas a integrar aquélla, previamente autorizadas por acuerdo mayoritario de sus respectivas Juntas de propietarios. El título constitutivo contendrá la descripción del complejo inmobiliario en su conjunto y de los elementos, viales, instalaciones y servicios comunes. Asimismo fijará la cuota de participación de cada una de las comunidades integradas, las cuales responderán conjuntamente de su obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales de la comunidad agrupada. El título y los estatutos de la comunidad agrupada serán inscribibles en el Registro de la Propiedad.

mismas especialidades señaladas en el apartado anterior». Con lo cual se consiente que la primera fuente ordenadora en estos supuestos sea la que emana de la autonomía de la voluntad de los interesados.

De otra parte, se reforma el artículo 396 CC, del que se amplía enormemente el elenco ejemplificativo de elementos comunes contenido en el párrafo primero, para adaptarlo a las nuevas realidades sociales y, especialmente, a las que vienen determinadas por el avance tecnológico. Lo singular es que este párrafo se cierra con una nueva manifestación: «cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles». Pues bien, con arreglo a esta expresión existirá una copropiedad indivisible (y por tanto, estable y permante) sobre aquel o aquellos elementos que, sin figurar en la relación contenida en el precepto, están destinados a satisfacer necesidades comunes de los copropietarios, y cuya existencia sólo se explica mientras tales bienes permanezcan en comunidad, pues fuera de ella no tendrían sentido. Se tratará entonces de una copropiedad funcional, cuyo mantenimiento se justifica en virtud del fin al que están destinados, y por esto mismo carente de acción divisoria para hacer cesar dicho estado.

Las concomitancias entre esta nueva expresión (elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles) y la contenida en el artículo 401, 1.º CC (los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina) son más que evidentes. Y la interpretación de ambas ha de conducir a un mismo resultado: el mantenimiento de la comunidad y la exclusión de la acción de división.

VII. CONCLUSIÓN

A la luz de los argumentos expuestos puede concluirse que efectivamente es admisible una comunidad funcional, estable y permanente, en el marco de la regulación contenida en los artículos 392 y siguientes CC. Para la cual no es procedente, al menos mientras subsistan las circunstancias que determinaron su nacimiento, la acción de división. Y sin que para ello sea un obstáculo la absolutividad con que se ha querido interpretar el precepto del artículo 400 CC

Ni tampoco lo constituye la ausencia de un régimen jurídico explícito para la misma, pues éste se puede obtener racionalmente de las normas del título III del libro II CC. No puede negarse que

siempre resultará más cómodo contar con una regulación especial en la que se contemplen abiertamente todas y cada una de las peculiaridades que rodean esta figura. Pero en el bien entendido caso de que dicha regulación recoja con exactitud las indeclinables exigencias que, tanto en la práctica diaria como en el análisis científico, postula una institución que, en cierta medida, se aparta de los cánones tradicionalmente fijados como límites al desenvolvimiento de la copropiedad de tipo romano.

La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales: estudio jurisprudencial

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales:* 1. Ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales por las causas de ineficacia de los contratos. 2. La inoponibilidad de las modificaciones del régimen económico matrimonial: 2.1 El artículo 1317 del Código civil: 2.1.1 Posible aplicación del artículo 1317 CC a los acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges; 2.1.2 Aplicación del artículo 1317 CC a los acreedores de deudas gananciales. 3. La ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales por fraude de acreedores: 3.1 Impugnación de las capitulaciones matrimoniales por los acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges; 3.2 Impugnación de las capitulaciones matrimoniales por los acreedores de deudas gananciales. 4. Ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales por lesión: 4.1 Requisitos de la rescisión por lesión. 4.2 Legitimación, renuncia a la acción, plazo de ejercicio y efectos de la estimación de la acción.—*Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La liquidación de la sociedad de gananciales [que se regula en los artículos 1395 a 1410 CC, y en la que juegan un importante papel, por la remisión que realiza el artículo 1410 CC, las normas sobre partición y liquidación de la herencia (arts. 1010 a 1034 y 1051 a 1087 CC)] presenta, tanto desde un punto de vista práctico como teórico, innumerables cuestiones de interés. Una de ellas es, sin duda, la que analizamos en este trabajo: *las causas de ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales*. Bajo esta denominación agrupamos todos los supuestos en los que por existir alguna vulneración de la normativa legal vigente, la liquidación no produce sus efectos.

El objeto principal de este estudio es exponer la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia y fijar el estado de la cuestión. Para ello, como podrá comprobarse, no sólo analizamos las sentencias de nuestro Alto Tribunal, sino que también hacemos mención a las resoluciones judiciales que dictan las Audiencias Provinciales. Somos conscientes de que estas últimas no constituyen, en sentido estricto, jurisprudencia. Sin embargo, creemos que su análisis puede aportar claridad a nuestro trabajo. Lo anterior no significa que nos olvidemos de las diversas aportaciones doctrinales que existen en el panorama jurídico español sobre el tema. Todo lo contrario, consideramos que su estudio es absolutamente imprescindible para comprender correctamente las distintas corrientes jurisprudenciales existentes.

Exponemos, a continuación, el esquema del trabajo. En primer lugar, analizamos, de forma breve, la ineficacia de la liquidación por las causas de ineficacia de los contratos. Atención especial dedicamos al artículo 1317 CC, precepto clave en esta materia. Distinguimos dos hipótesis de aplicación del citado precepto: *a)* aplicación a los acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges, y *b)* aplicación a los acreedores de deudas gananciales. Asimismo abordamos el estudio de la impugnación de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, distinguiendo según se trate de acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges o de acreedores de deudas gananciales. Finalmente, nos ocupamos de la posibilidad de rescindir la liquidación de la sociedad de gananciales por lesión (art. 1074 CC por remisión del art. 1410 CC).

II. LA INEFICACIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Antes de comenzar el análisis de los distintos supuestos, debemos señalar que no existe en el Código civil precepto alguno que establezca las causas de ineficacia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Es por ello por lo que debemos acudir a las normas relativas a la partición y liquidación de la herencia, en concreto, a las normas sobre rescisión de la partición (arts. 1073 a 1081 CC).

1. INEFICACIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR LAS CAUSAS DE INEFICACIA DE LOS CONTRATOS

En virtud de la remisión que realiza el artículo 1410 CC a las normas relativas a la partición y liquidación de la herencia, enten-

demos aplicable el artículo 1073 CC a los supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales. Dispone este precepto que «las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones». En relación con esta cuestión, Serrano Alonso¹ afirma que la liquidación de la sociedad de gananciales puede ser impugnada cuando se han vulnerado normas de carácter imperativo que conlleven la nulidad de la misma, y también en los casos en los que se acredite la existencia de vicios de la voluntad en la declaración de alguno de los cónyuges (o en su caso, de los herederos de uno de ellos)².

A juicio del Tribunal Supremo, también procede la declaración de nulidad de la liquidación de una sociedad de gananciales cuando se hayan omitido bienes o se hayan incluido en la misma con un carácter o cualidad distinta a la que en realidad tenían [en este sentido, STS de 30 de marzo de 1993 (Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia, en adelante RAJ 2541)].

Además de los casos de nulidad por existencia de error en el objeto de la liquidación de la sociedad de gananciales, se declarará su nulidad en aquellos supuestos en los que existan defectos del consentimiento en los actos jurídicos de los cónyuges, cuando la cuantía de la masa ganancial dependa de los citados actos.

Asimismo, la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales puede producirse también como consecuencia de la inobservancia de las normas protectoras de los sujetos carentes de capacidad de obrar³, cuando éstos deban intervenir en la liquidación⁴. Por último, la falta de citación a la realización del inventario de todos los sujetos que pueden resultar afectados por la liquidación de la sociedad de gananciales⁵, puede ser causa de la declaración de nulidad de ésta.

¹ Eduardo SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997, p. 80.

² En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (en adelante, SAP de Baleares) de 28 de junio de 1999 [Base de Jurisprudencia EL DERECHO (en adelante, EDJ) 1999/31914] cuando declara la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales por simulación. Por su parte la SAP de Jaén de 21 de octubre de 1999 (EDJ 1999/48296) declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales (en virtud de las cuales se liquida una sociedad de gananciales) porque la causa era ilícita.

³ Un ejemplo de norma protectora es el artículo 1057 CC (aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de la remisión del artículo 1410 CC) que establece que en los casos en los que existan sujetos sometidos a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, el contador partidor deberá inventariar los bienes, con citación de los representantes legales de dichas personas.

⁴ En este sentido, STS de 16 de mayo de 1984 (RAJ 2415).

⁵ Ver los artículos 1082, 1083 y 1084 CC por remisión del artículo 1402 CC.

2. LA INOPONIBILIDAD DE LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La reforma del Código civil de 1975⁶, modificó el artículo 1315 CC⁷ con la finalidad de permitir a los cónyuges otorgar capitulaciones matrimoniales antes y después de celebrado el matrimonio. La reforma de 1981⁸ implicó un cambio de ubicación, su contenido pasa del artículo 1315 al artículo 1326, ambos del Código civil⁹.

La posibilidad de modificar mediante capitulaciones matrimoniales el régimen económico matrimonial constante el matrimonio hizo necesario determinar, principalmente frente a los terceros, cuál era el alcance y los efectos de las capitulaciones matrimoniales¹⁰. La Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, era consciente de ello y por eso afirmaba que «la modificación de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro Civil (...). La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las notas que expida.

⁶ Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y los deberes de los cónyuges.

⁷ Artículo 1315 CC (redacción de 1975): «Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes o después de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código.

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad legal de gananciales.»

Sobre este precepto, véase: Antonio GULLÓN BALLESTEROS, «Comentario al artículo 1315 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Código civil. (El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975)*, volumen II, Madrid, 1977, pp. 1067 a 1070.

⁸ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

⁹ Manuel AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 1326 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1532 a 1534. Afirma que como consecuencia de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del principio de mutabilidad del régimen económico se permite otorgar capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio.

¹⁰ Véase la monografía de María del Carmen BAYOD LÓPEZ, *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Zaragoza, 1997.

La segunda medida de salvaguardia o de garantía (...) consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros». Motivo por el cual se introdujo en 1975 el último párrafo del artículo 1322 CC¹¹. Posteriormente, la reforma del Código civil realizada en virtud de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, traslada, introduciendo únicamente cambios sintácticos, el contenido del último párrafo del artículo 1322 al vigente artículo 1317 CC¹².

2.1 El artículo 1317 del Código civil¹³

Si realizamos una interpretación conjunta de los artículos 1317, 1401 y 1402 CC, llegamos a la siguiente conclusión: los bienes que integraban el patrimonio ganancial siguen respondiendo de las deudas de la sociedad de gananciales, a pesar de la disolución y liquidación de ésta. Señala el profesor Díez-Picazo¹⁴ que «si la modificación del régimen o el pacto capitular «post-nupcial» aparece movido por el *animus nocendi*, o tiene causa lícita (*sic*) o causa torpe, seguramente nos encontraremos en presencia de una nulidad por el perjuicio de tercero. De la misma manera, si el perjuicio consiste en un fraude del derecho de los acreedores, pensamos que la capitulación «post-nupcial» puede quedar sujeta a la regulación general del fraude». Siguiendo al profesor Díez-Picazo¹⁵ se puede afirmar que el artículo 1317 CC contiene dos proposiciones jurídicas¹⁶:

¹¹ Se está refiriendo al contenido del último párrafo del artículo 1322 CC en su redacción dada por la Ley 14/1975 cuyo tenor literal decía así: «(...) Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante el matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Véase Manuel AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 1322 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Código civil. (El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975)*, volumen II, Madrid, 1977, pp. 1100 a 1113.

¹² Véase Luis Díez-PICAZO, «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1497 a 1499.

¹³ Véase María José HERRERO GARCÍA, «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 576 a 578, y José Luis DE LOS MOZOS, «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XVIII, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1982, pp. 91 a 97.

¹⁴ Luis Díez-PICAZO, «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1497 a 1499.

¹⁵ Luis Díez-PICAZO «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1497 a 1499.

¹⁶ En idéntico sentido se pronuncia José María CUTILLAS TORNS, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000, pp. 175 y 176.

a) Regla de la modificabilidad del régimen económico matrimonial.

b) Regla de la irrelevancia de las modificaciones respecto de los derechos de los terceros (inoponibilidad)¹⁷.

El tenor literal del artículo 1317 CC hace referencia a la modificación del régimen económico. Pese a ello, autores como Blasco Gascó¹⁸, Cerdá Gimeno¹⁹ y Lacruz Berdejo²⁰ afirman que dicha expresión no debe entenderse en sentido estricto (disolución y liquidación de un determinado régimen económico y adopción de otro diverso, o de ninguno si se disuelve el matrimonio), sino que deben incluirse también dentro de su ámbito de aplicación los supuestos de pactos modificativos de las capitulaciones. Para estos autores la expresión «modificación del régimen» del artículo 1317 CC comprende tanto el establecimiento de nuevas reglas como la liquidación del régimen anterior, pues esta última es una consecuencia directa de la modificación y debe seguir su misma suerte. En resumen, para que sea aplicable el artículo 1317 CC debe tratarse, como indica Rojas Montes, «de un verdadero cambio de régimen económico del matrimonio, no simplemente un cambio relativo a atribuciones particularizadas»²¹.

El artículo 1317 CC contiene un principio de protección de los derechos de los acreedores, pero no señala cuál es la sanción para los supuestos en los que se perjudiquen los citados derechos. Se limita señalar que las modificaciones del régimen económico matrimonial no perjudicarán a los acreedores anteriores a dicha modifi-

¹⁷ La inoponibilidad es definida por Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, en su obra *Protección del tercero frente la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, pp. 88 y 89 como «la facultad que la ley concede a un tercero y que le permite considerar no existente la actuación jurídica ajena, como medida de protección frente a actos potencialmente perjudiciales, de tal modo que el sujeto así protegido puede fingir que ignora la actuación ajena y el Derecho le protege, como si tal actuación no hubiese existido».

En relación con este tema, véase también Antonio PAU PEDRÓN, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad* (discurso leído el día 15 de enero de 2001 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 2001, pp. 19 a 25 y 39 a 41.

¹⁸ Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC», *ADC*, 1993, fascículo II, p. 603.

¹⁹ José CERDÁ GIMENO, «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», *Documentación Jurídica*, 1982, núms. 33 a 36, pp. 278 ss.

²⁰ José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA/Agustín LUNA SERRANO/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ/Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, 4.ª edición, Barcelona, 1997, pp. 226 y 227.

²¹ Luis ROJAS MONTES, «Efectos frente a terceros de la modificación de las capitulaciones», *AAMN*, tomo XXVI, p. 323 (nota 22). En idéntico sentido, José Luis LACRUZ BERDEJO/Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA/Agustín LUNA SERRANO/Francisco RIVERO HERNÁNDEZ/Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, 4.ª edición, Barcelona, 1997, p. 226.

cación. Blasco Gascó²² señala, acertadamente, que si la modificación del régimen económico matrimonial perjudica derechos de terceros adquiridos con anterioridad, el artículo 1317 CC no declara ni la ineficacia ni la invalidez de las capitulaciones matrimoniales, salvo que éstas sean rescindibles por fraude, sino que declara la inoponibilidad de las modificaciones a esos terceros que resultarían perjudicados²³.

En nuestra opinión, del contenido del artículo 1317 CC no se puede deducir que, en los casos en los que se perjudiquen derechos anteriores de terceros, la sanción sea la nulidad radical de las capitulaciones matrimoniales. La doctrina y la jurisprudencia, de forma mayoritaria, mantienen la misma tesis. Así, por ejemplo, la STS de 20 de marzo de 1989 (RAJ 2186)²⁴ afirma que la responsabilidad establecida en la ley para los derechos adquiridos por terceros²⁵ antes de la modificación del régimen económico matrimonial continúa vigente, en virtud de los artículos 1317, 1401 y 1402 CC en relación con el artículo 1084 CC. Es por ello por lo que resulta, en realidad, innecesario declarar la nulidad de las capitulaciones matrimoniales²⁶.

Por su parte, las SSTS de 19 de febrero y 15 de junio de 1992 (RAJ 1320 y 5137, respectivamente) declaran que «la vulneración

²² Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC», *ADC*, 1993, fascículo II, pp. 604 a 605.

²³ En este sentido, señala Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, pp. 263 a 265, que la inoponibilidad preceptuada por el artículo 1317 CC «sólo está justificada cuando se trata de deudas de la masa ganancial».

²⁴ Afirma textualmente la mencionada sentencia, que «la modificación del régimen económico-matrimonial, realizada constante el matrimonio, no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), sin que para la subsistencia y efectividad de dicha garantía sea necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente (...) ya que del sentido general de los artículos 1399, 1403 y 1404 del Código Civil se desprende que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y, además, su consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario, pues en otro caso, y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1401 y 1402 en relación con el 1084, todos del Código Civil), tal responsabilidad será *ultra vires*, todo lo cual determina que, aun después de la disolución de la sociedad de gananciales, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial».

En idéntico sentido se manifiesta la STS de 7 de noviembre de 1997 (RAJ 7937).

²⁵ Entiéndase acreedores de deudas gananciales.

²⁶ La STS de 17 de julio de 1997 (RAJ 6018) afirma que no se requiere para la efectividad del artículo 1317 CC declaración de ineficacia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen económico, siendo suficiente que el acreedor pruebe que su derecho había sido adquirido con anterioridad a la fecha de la modificación del régimen económico matrimonial. [En idéntico sentido se pronuncian las SSTS de 10 de septiembre de 1987 (EDJ 1987/6252), 7 de noviembre de 1992 (RAJ 9098) y 15 de marzo de 1994 (EDJ 1994/2357).]

La mencionada doctrina jurisprudencial es aplicada por los tribunales de instancia; en este sentido, véase la SAP de Vizcaya de 27 de enero de 1998 (EDJ 1998/9845).

del artículo 1317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.4 CC hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros»²⁷. Como exponente de la postura contraria, esto es, de la declaración de nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes realizada en capitulaciones matrimoniales por vulnerar el contenido del artículo 1317 CC²⁸, podemos citar las SSTS de 22 de diciembre de 1989 (RAJ 8867) y 30 de abril de 1990 (EDJ 1990/4540).

Mantiene la STS de 13 de octubre de 1994 (RAJ 7482) que la finalidad del artículo 1317 CC es, sin decretar la nulidad de las capitulaciones, evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, perdiendo éstas «su eficacia cuando fueron destinadas a defraudar al acreedor de los otorgantes, sin que sea preciso para ello obtener declaración de insolvencia en juicio previo, cuando del conjunto de la prueba —como aquí ocurre— se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, quienes no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe. De todo ello, y de lo dispuesto en los artículos 1362, número 4.º, 1401 y 1402, resulta que, más que solidaridad de obligación frente a terceros en contra de los esposos, hay una vinculación real de los bienes adjudicados a cualquiera de ellos al liquidar la sociedad de gananciales y sustituirla por otro régimen económico matrimonial»²⁹.

En los últimos años, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina jurisprudencial que defiende que la vulneración del artículo 1317 CC no tiene necesariamente la consecuencia jurídica de la rescisión de las capitulaciones matrimoniales. En este sentido podemos citar la STS de 18 de noviembre de 1998 (RAJ 9693). Dicha resolución judicial afirma que «la modificación del régimen

²⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo encuentra reflejo en resoluciones judiciales de los tribunales de instancia. Podemos citar, entre otras, las siguientes: SAP de Álava de 18 de enero de 1999 (EDJ 1999/58755), SAP de Lugo de 7 de abril de 1999 (EDJ 1999/13141), SAP de Asturias de 28 de junio de 1999 (EDJ 1999/22922), SAP de Baleares de 13 de marzo de 2000 (EDJ 2000/23964), SAP de Baleares de 26 de junio de 2000 (EDJ 2000/34968), SAP de Murcia de 10 de julio de 2000 (EDJ 2000/38287) y SAP de Zaragoza de 18 de julio de 2000 (EDJ 2000/35221).

²⁸ La STS de 30 de enero de 1986 (RAJ 338) declara, con apoyo en el artículo 1317 CC, la rescisión por fraude de acreedores de las capitulaciones matrimoniales en las que se modifica el régimen económico matrimonial. Véase Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986», *CCJC*, 1986, núm. 10, pp. 3395 a 3404.

En la misma corriente jurisprudencial podemos incluir a la STS de 18 de julio de 1991 (RAJ 5399).

²⁹ En parecidos términos se pronuncian las SSTS de 10 de septiembre de 1987 (RAJ 6046), 15 de marzo de 1991 (EDJ 1991/2857) y 18 de marzo de 1995 (EDJ 1995/1217).

matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 CC), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1291.3 CC) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen»; asimismo, señala la mencionada sentencia que, según lo establecido en el artículo 1402 CC, los acreedores de la sociedad de gananciales conservan los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, por lo que realizada la partición, los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los cónyuges (art. 1084 CC) ³⁰ [en idéntico sentido, entre otras, SSTS de 4 de febrero de 1999 (EDJ 1999/828), 15 de enero de 2001 (EDJ 2001/340) ³¹ y 6 de julio de 2001 (EDJ 2001/15829)]. Asimismo, debemos señalar que dicha jurisprudencia es aplicada por los tribunales de instancia en sus resoluciones. Podemos citar, entre otras, la SAP de Toledo de 23 de enero de 2001 (EDJ 2001/1136) ³², SAP de Asturias de 19 de febrero de 2001 (EDJ 2001/4103) y SAP de Valencia de 12 de abril de 2001 (EDJ 2001/13952).

Otra de las cuestiones que se plantea, en relación con el artículo 1317 CC, es si el citado precepto contiene una presunción de fraude de acreedores. A nuestro juicio, del tenor literal del artícu-

³⁰ Véase, en este mismo sentido, Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario a los artículos 1401 y 1402 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 786 a 792.

³¹ Con relación al perjuicio que la modificación del régimen económico matrimonial puede ocasionar a los derechos de los terceros, afirma el Tribunal Supremo (FD 3.º) que «ese cambio no les perjudicará si tales derechos ya estaban adquiridos en el tiempo de cambio bastando esta doble circunstancia para preservarlos, sin más que la simple alegación de la misma, como han señalado las sentencias de 13 de junio de 1986 y 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987».

³² Se afirma en el FD 2.º que «el artículo 1317 CC hace absolutamente innecesario el ejercicio de la acción rescisoria de [las] capitulaciones matrimoniales, quedando los derechos adquiridos por terceros protegidos plenamente por la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial por cuanto si esa modificación no perjudica en ningún caso esos derechos adquiridos, es como si no se hubiera producido, de modo que hasta la promulgación de la norma, en los casos en que se pasaba de un régimen de gananciales a uno de separación de bienes con finalidad de defraudar a terceros, éstos habían de acreditar el fraude perpetrado por los esposos, lo que en el artículo 1317 no es preciso para gozar de la inoponibilidad de la modificación, debiéndose entender como viene haciendo la Jurisprudencia que el artículo 1317 veda todo posible éxito de la acción rescisoria debido a su carácter subsidiario aplicándose sin mayores problemas directamente el artículo 1317 (SSTS de 21 de julio de 1987 y de 10 de noviembre de 1987), aplicación directa que no requiere para su efectividad la declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna de las capitulaciones modificativas para la protección de los derechos adquiridos por terceros acreedores, de tal modo que la vía de satisfacción de los acreedores en los supuestos en que se produzca la modificación anteriormente indicada de las capitulaciones, encuentra su cauce relacionando el artículo 1317 con los artículos 1401 y 1402 CC, que protegen eficazmente a los acreedores mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad».

lo 1317 CC no se deriva tal presunción. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 21 de junio de 1994 (EDJ 1994/5513). Mantiene la citada sentencia que la finalidad de la norma analizada es anterior, esto es, evitar el perjuicio (no sólo el fraude) de los derechos ya adquiridos por terceros ³³ [en términos similares se pronuncia Blascó Gascó ³⁴ cuando afirma que el artículo 1317 CC establece el régimen de responsabilidad patrimonial de las relaciones jurídico-económicas de los cónyuges con terceros en los casos de modificación de las capitulaciones matrimoniales ³⁵].

2.1.1 *Posible aplicación del artículo 1317 CC a los acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges*

Del cumplimiento de las deudas privativas de uno de los cónyuges responden, conforme a las reglas establecidas en el artículo 1373 CC, los bienes que integren el patrimonio privativo de éste y, subsidiariamente, los bienes del patrimonio ganancial. Ello supone en opinión de Cabanillas Sánchez ³⁶ que los acreedores privativos de uno de los cónyuges no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos cuestionamos si el artículo 1317 CC resulta aplicable, para proteger a los acreedores personales de uno de los cónyuges, en los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de la adopción de otro régimen económico ³⁷. En relación con esta cuestión, la doctrina (Bello Janeiro ³⁸,

³³ La SAP de Tarragona de 19 de diciembre de 2000 (EDJ 2000/72491) recoge en sus fundamentos la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

³⁴ Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC», *ADC*, 1993, fascículo II, pp. 603 ss.

En el mismo sentido, José María CUTILLAS TORNS, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000, p. 175.

³⁶ En apoyo de esta tesis, se pueden citar las SSTs de 4 de mayo de 1987 (RAJ 3176) y 25 de enero de 1989 (RAJ 124). Afirma esta última sentencia (FD 3.º) que «la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas vigente el matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, (...)».

³⁶ Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, fascículo II, pp. 184 a 185.

³⁷ Si la respuesta fuera positiva, creemos que no sería posible ejercitar, en estos casos, la acción pauliana (art. 1111 CC), debido a su carácter subsidiario. En el mismo sentido se manifiesta Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, pp. 260 a 261.

³⁸ Domingo BELLO JANEIRO, «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, julio-septiembre 1993, pp. 33 a 67. Afirma este autor, en la página 53, que el artículo 1317 CC no tutela los intereses de los acreedores personales de uno de los cónyuges «no tanto porque dicho precepto no sea aplicable a los débitos privativos, sino por la ausencia de beneficio en la invocación del mismo (...), pues el acreedor privativo, como acertadamente ha venido manifestando la DGRN, no tenía un derecho adquirido

Blasco Gascó³⁹, Cabanillas Sánchez⁴⁰, Guilarte Gutiérrez⁴¹, Jerez Delgado⁴², Martín Pérez⁴³) entiende que el mencionado precepto no es aplicable, pues como muy bien expresa Jerez Delgado «el artículo 1317 CC está pensado para proteger el interés de los acreedores consorciales, no el de los acreedores particulares» de uno de los cónyuges⁴⁴.

Llegados a este punto, debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿cuáles son los instrumentos o mecanismos jurídicos de los que disponen los acreedores particulares de uno de los cónyuges para cobrar sus créditos? Consideramos, en primer lugar, que los acreedores personales de uno de los cónyuges podrán intervenir, en virtud del artículo 1083 CC en conexión con los artículos 1402 y 1410 CC, en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales para evitar el fraude o perjuicio de sus derechos⁴⁵. Asimismo, los acreedores particulares de uno de los cónyuges, una vez que la sociedad de gananciales se ha disuelto y liquidado, podrán impugnar, en virtud del artículo 1111 CC, las operaciones particionales de reparto de bienes gananciales entre los cónyuges que sean lesivas para sus intereses⁴⁶.

a embargar bienes gananciales concretos, sino sólo los bienes privativos del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los gananciales, a salvo la parte que en el patrimonio ganancial tenía interesado el esposo no deudor si éste así lo solicitaba al amparo del artículo 1373, que ya no resulta aplicable tras la disolución de la sociedad».

³⁹ Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicios de terceros: La norma del artículo 1317 del Código civil», *ADC*, 1993, fascículo II, pp. 636 a 637.

⁴⁰ Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, fascículo II, pp. 168 a 186.

⁴¹ Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos (colección Jurisprudencia Práctica, núm. 20), Madrid, 1991, p. 11.

⁴² Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, p. 261.

⁴³ José Antonio MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores.)*, Barcelona, 1995, p. 386.

⁴⁴ En apoyo de la tesis que considera que el artículo 1317 CC no es aplicable a los acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges podemos citar, entre otras, las resoluciones de la DGRN de 16 de febrero de 1987 (RAJ 1067), 29 de mayo de 1987 (EDJ 1987/9933), 18 de septiembre de 1987 (EDJ 1987/9942), 5 de enero de 1988 (EDJ 1988/10495), 18 de marzo de 1988 (RAJ 2560), 18 de julio de 1991 (RAJ 5444) y 28 de diciembre de 1998 (RAJ 10488).

⁴⁵ Se pronuncian en idéntico sentido, entre otros, Luis Díez-Picazo, «Comentario al artículo 1402 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, p. 1798; Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, p. 258; Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 296.

⁴⁶ Con claridad expresa esta idea Luis Díez-Picazo, «Comentario al artículo 1402 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, p. 1798, cuando señala que «los acreedores dispondrán en todo caso de las genéricas acciones subrogatoria y pauliana que les otorga el artículo 1111 CC».

En apoyo de lo anterior podemos citar, entre otras, las SSTs de 30 de enero de 1986 (RAJ 338) y 9 de julio de 1990 (RAJ 5788). Existen resoluciones judiciales de los tribunales de instancia en el mismo sentido; así, por ejemplo, la SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2000 (EDJ 2000/23186).

2.1.2 Aplicación del artículo 1317 CC a los acreedores de deudas gananciales

En virtud de lo establecido en el artículo 1369 CC, de las deudas gananciales, antes de que se disuelva y liquide la sociedad de gananciales, responden solidariamente los bienes del cónyuge que contrajo la deuda y los bienes gananciales.

Ahora bien, para que el acreedor pueda atacar bienes gananciales como consecuencia de una deuda contraída por uno solo de los cónyuges, será necesario probar el carácter ganancial de la deuda. Dicha ganancialidad, según señala la DGRN, en reiteradas resoluciones⁴⁷, no se presume. Es por ello por lo que corresponde al acreedor, conforme al artículo 217 LEC de 2000⁴⁸, probarlo⁴⁹. Por el contrario, una corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo mantiene, al menos de manera implícita, la presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad de gananciales⁵⁰.

Probado el carácter ganancial de la deuda, y que la misma es de fecha anterior a la modificación del régimen económico matrimonial⁵¹, procede, tal y como señalan las SSTS de 19 de febrero y 15 de junio de 1992 (RAJ 1320 y 5137, respectivamente), que el acreedor alegue en juicio la norma del artículo 1317 CC, con el fin de poder dirigirse contra los bienes que, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, tenían carácter ganancial, y ello con independencia del cónyuge a quien se le hayan

⁴⁷ Entre otras, resoluciones de la DGRN de 16 de febrero de 1987 (RAJ 1067), 18 de marzo de 1988 (RAJ 2560), 3 de junio de 1991 (RAJ 4516), 4 de junio de 1991 (RAJ 4518) y 11 de septiembre de 2000 (EDJ 2000/36379).

⁴⁸ Téngase en cuenta que el artículo 1214 CC (precepto que regulaba la carga de la prueba) ha sido derogado por la DD única de la LEC de 2000.

Asimismo deben tomarse en consideración los artículos 281 ss. LEC de 2000.

⁴⁹ En este sentido señala Domingo BELLO JANEIRO, «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, julio-septiembre 1993, pp. 46 ss., que «para acreditar esta condición de ganancialidad del débito, el acreedor deberá demandar a estos efectos también al esposo no deudor para que pueda discutir el carácter ganancial o no, de la deuda contraída por su consorte...». Mantiene la misma postura, Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, pp. 136 a 137.

⁵⁰ Así lo recoge Javier SEOANE PRADO, «Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional de régimen económico matrimonial. Medidas cautelares», *Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 343 a 389, citando, entre otras, las SSTS de 3 de diciembre de 1985 (RAJ 6201), 21 de julio de 1987 (RAJ 5086) y 19 de febrero de 1992 (RAJ 1320).

⁵¹ En este sentido, SSTS de 10 de septiembre de 1987 (EDJ 1987/6252), 7 de noviembre de 1992 (RAJ 9098), 15 de marzo de 1994 (EDJ 1994/2357) y 17 de julio de 1997 (RAJ 6018).

En idéntico sentido se pronuncian los tribunales de instancia. Así, por ejemplo, podemos citar la SAP de Vizcaya de 27 de enero de 1998 (EDJ 1998/9845).

adjudicado⁵². Todo ello encuentra apoyo legal en los artículos 1317, 1401 y 1402 CC, teniendo siempre presente que los mencionados preceptos sólo son de aplicación a las deudas gananciales.

Señala Seoane Prado⁵³ que la doctrina es unánime a la hora de afirmar que las modificaciones del régimen económico matrimonial son inoponibles a los acreedores de deudas gananciales⁵⁴. Considera que la conexión entre los artículos 1317 y 1401 CC permitiría al acreedor, aun después de anotada en los Registros públicos⁵⁵ la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, dirigirse contra los bienes que en su día tenían la calificación de gananciales, incluso en el supuesto en que los bienes hubieran sido adjudicados al cónyuge no deudor. Afirma que si se adopta esta solución no cabría la posibilidad impugnar las capitulaciones matrimoniales, ya sea como consecuencia de la aplicación del artículo 6.3 CC (por estar previsto en el ordenamiento jurídico un efecto distinto a la nulidad para los casos de vulneración del art. 1317 CC) o bien por el carácter subsidiario de las acciones rescisorias (según se desprende del contenido de los arts. 1111 y 1294 CC)⁵⁶.

En el mismo sentido se expresa Fernández Campos⁵⁷ cuando afirma que «la protección de la efectividad de los créditos consorciales anteriores al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales viene articulada a través del artículo 1401 CC».

⁵² Entre otras, SSTS de 28 de abril de 1988 (RAJ 3299), 20 de marzo de 1989 (RAJ 2186), 15 de junio de 1992 (RAJ 5137), 18 de noviembre de 1998 (RAJ 9693), 4 de febrero de 1999 (EDJ 1999/828), 15 de enero de 2001 (EDJ 2001/340) y 6 de julio de 2001 (EDJ 2001/15829).

Existen innumerables sentencias de los tribunales de instancia que mantienen la misma tesis que el Tribunal Supremo. Entre las más recientes podemos citar las siguientes: SAP de Toledo de 23 de enero de 2001 (EDJ 2001/1136), SAP de Asturias de 19 de febrero de 2001 (EDJ 2001/4103) y SAP de Valencia de 12 de abril de 2001 (EDJ 2001/13952).

⁵³ Javier SEOANE PRADO, «Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional de régimen económico matrimonial. Medidas cautelares», *Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 359.

⁵⁴ En relación con esta cuestión afirma José María CUTILLAS TORNS, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000, p. 176, que «ante deudas del consorcio conyugal, generadas con anterioridad al cambio de régimen económico-matrimonial [es] innecesario plantear y ni tan siquiera demostrar el fraude, aunque lo haya. Utilicemos el remedio que nos brinda el artículo 1317 del Código civil: el no perjuicio en ningún caso de los derechos adquiridos por terceros».

⁵⁵ Entiéndase, Registro Civil, Registro Mercantil y Registro de la Propiedad.

⁵⁶ En relación con el carácter subsidiario de la acción de rescisión por fraude de acreedores, véase, entre otros, Manuel GARCÍA AMIGÓ, «Comentario al artículo 1111 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 69 y 70, y Bernardo MORENO QUESADA, «Comentario al artículo 1294 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 530 y 531.

⁵⁷ Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, pp. 135 ss.

Concluimos señalando que el contenido del artículo 1317 CC asegura el cumplimiento del objetivo perseguido por los artículos 1401 y 1402 CC, esto es, que los bienes gananciales responden de las deudas de la sociedad de gananciales, incluso después de haberse disuelto y liquidado la misma.

3. LA INEFICACIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR FRAUDE DE ACREEDORES

Del examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se deduce con facilidad, que desde que se admite en nuestro ordenamiento jurídico la mutabilidad del régimen económico matrimonial⁵⁸, los cónyuges suelen utilizar las capitulaciones matrimoniales como instrumento para intentar defraudar a los acreedores, ya sean de la sociedad o de uno de los cónyuges. El intento de fraude se produce de la siguiente forma: un matrimonio, como consecuencia de una situación de crisis económica familiar, pacta en capitulaciones matrimoniales (arts. 1325 y 1326 CC) el cambio de régimen económico matrimonial, acordando, por lo general, la disolución de la sociedad de gananciales y sometiéndose al régimen de separación de bienes (arts. 1435 a 1444 CC). En las mencionadas capitulaciones matrimoniales se adjudican al cónyuge no deudor los bienes inmuebles y los de fácil localización, mientras que al cónyuge obligado (deudor) se adjudican aquellos bienes que pueden ocultarse fácilmente, con el objetivo de evitar el embargo de los bienes por parte de los acreedores para cobrar las deudas. Adelantemos que existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo (y también de las Audiencias Provinciales) que abordan la cuestión de la impugnación de las capitulaciones matrimoniales suscritas en fraude de acreedores. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la mencionada cuestión, tal y como señala Guilarte Gutiérrez⁵⁹, no es uniforme. Un factor que añade un plus de dificultad a la resolución de esta clase de supuestos se encuentra en el hecho de que la normativa aplicable está ubicada en diversos contextos normativos⁶⁰.

⁵⁸ Desde la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y los deberes de los cónyuges.

⁵⁹ Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos (colección Jurisprudencia Práctica, núm. 20), Madrid, 1991, p. 9.

⁶⁰ Régimen económico matrimonial primario: artículo 1317 CC y artículo 1335 CC que remite a las reglas generales de los contratos [por ejemplo, a las normas sobre rescisión de los contratos (arts. 1290 a 1299 CC)]; remisión de los artículos 1402 y 1410 CC a las normas de la partición y liquidación de la herencia (arts. 1051 a 1081 CC).

Son las razones expuestas lo que nos lleva a centrarnos en el análisis de los supuestos de fraude de acreedores derivados del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Ahora bien, como sabemos no todos los acreedores son de la misma naturaleza (unos son acreedores por deudas privativas de alguno de los cónyuges, mientras que otros son acreedores de la sociedad de gananciales). Por este motivo es por lo que vamos a diferenciar dos supuestos: por un lado, el de la impugnación de las capitulaciones matrimoniales por los acreedores privativos de uno de los cónyuges, y por otro, el de la impugnación de las capitulaciones matrimoniales por los acreedores gananciales.

3.1 Impugnación de las capitulaciones matrimoniales por los acreedores de deudas privativas de uno de los cónyuges

Lo primero que debemos señalar es que el Código civil, en concreto, el artículo 1083 por remisión del artículo 1410, otorga a los acreedores la facultad de intervenir en la partición «para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos». Lo cual supone que dichos acreedores tienen voz pero no voto en los actos de liquidación de la sociedad de gananciales. Si los acreedores hacen uso de dicha facultad y no se oponen al contenido de los actos de liquidación, podemos afirmar, con apoyo en la doctrina de los actos propios, que no podrán posteriormente impugnar la liquidación de la sociedad de gananciales. Por el contrario, cuando los acreedores, en el ejercicio de la facultad que les reconoce el artículo 1083 CC, se oponen al contenido de la liquidación, podrán más tarde impugnar, por la vía del artículo 1111 CC, la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien deberán probar la existencia del fraude.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debemos reiterar que los acreedores personales de uno de los cónyuges, como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales⁶¹, pueden ver sus derechos e intereses perjudicados. Ello puede deberse a diversos motivos:

a) En la liquidación de la sociedad de gananciales se adjudican al cónyuge deudor bienes cuyo valor es inferior a la mitad del remanente líquido del patrimonio ganancial.

⁶¹ Salvo que los actos de liquidación se realizasen ocultando información relevante para los intereses de los acreedores, en cuyo caso, si se prueba el fraude, se podrá impugnar la liquidación.

b) O bien al hecho de que los cónyuges hayan pactado en las capitulaciones matrimoniales una distribución de los bienes destinada a defraudar los derechos de los acreedores personales de uno de ellos⁶².

En el primer supuesto, esto es, cuando se hayan adjudicado a uno de los cónyuges bienes por valor inferior a la mitad del remanente líquido del patrimonio ganancial, la doctrina se muestra unánime respecto de la posibilidad por parte de los acreedores personales de ese cónyuge de impugnar la liquidación de la sociedad de gananciales⁶³. Nos encontramos ante un supuesto de fraude objetivo, pues el cónyuge que acepta bienes por valor inferior a la mitad del remanente (arts. 1344 y 1404 CC) está renunciando a parte de sus derechos, y dicha renuncia, en virtud del artículo 6.2 CC, no puede perjudicar a los terceros acreedores. Jerez Delgado⁶⁴, defensora de esta tesis, afirma que en esta clase de supuestos se pueden impugnar las capitulaciones matrimoniales «sin necesidad de probar la intención de defraudar o *consilium fraudis*, sino tan sólo el hecho de que tales capitulaciones matrimoniales son en sí mismas lesivas de su derecho de crédito, es decir, objetivamente fraudulentas».

En el segundo supuesto planteado –los cónyuges han pactado una distribución equitativa de los bienes, pero destinada a defraudar los derechos de los acreedores personales de uno de ellos–, los acreedores también están legitimados para impugnar las capitulaciones. Ahora bien, en este caso nos encontramos ante una alegación de fraude en sentido subjetivo. Lo cual significa que para que la impugnación por fraude de acreedores pueda ser estimada debe probarse no sólo la lesión producida en el patrimonio del acreedor, sino también el *consilium fraudis*⁶⁵.

⁶² Se adjudican al cónyuge deudor los bienes que pueden ser ocultados con facilidad, de tal forma que el embargo de dichos bienes por el acreedor resulta harto complicado. Así, por ejemplo, la STS de 30 de abril de 1990 (EDJ 1990/4540).

⁶³ En este sentido, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, fascículo II, p. 185, señala que el acreedor privativo de un cónyuge no queda desprotegido ante una liquidación de la sociedad de gananciales que vulnere sus derechos, pues dicho acreedor tiene el derecho «a impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido, acudiendo al remedio subsidiario de la acción rescisoria, y no pudiera satisfacer íntegramente su crédito con los bienes adjudicados al deudor».

La resolución de la DGRN de 16 de febrero de 1987 (RAJ 1067) admite, en estos casos, el ejercicio de la acción rescisoria.

⁶⁴ Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, pp. 267 a 268.

⁶⁵ Afirma Carmen JEREZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, p. 269, que en este supuesto debe probarse el *consilium fraudis* «porque el acto no es en sí mismo fraudulento, sino que forma parte de una trama urdida por el deudor y su cónyuge para defraudar. Trama que si se alega debe probarse».

En este sentido, la STS de 30 de enero de 1986 (RAJ 338); véase Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986», *CCJC*, 1986, núm. 10, pp. 3395 a 3404.

3.2 Impugnación de las capitulaciones matrimoniales por los acreedores de deudas gananciales

Cuando un acreedor ganancial solicita la rescisión por fraude de acreedores de las capitulaciones matrimoniales en las que se modifica el régimen económico matrimonial, el Tribunal Supremo, normalmente, desestima dicha pretensión. Considera la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que cuando el crédito perjudicado por las capitulaciones matrimoniales es consorcial⁶⁶, no es necesario ejercitar la acción pauliana, pues el artículo 1401 CC establece que los bienes que antes de la liquidación eran gananciales⁶⁷, y que como consecuencia de ésta han sido adjudicados a uno de los cónyuges, siguen respondiendo de las deudas gananciales. La fundamentación jurídica para denegar el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores se encuentra en los artículos 1111, 1291.3 y 1294 CC. Este último precepto señala el carácter subsidiario de la acción rescisoria. Por ello, entendemos que, teniendo el acreedor otros medios legales a su alcance para cobrar su crédito (puede solicitar la aplicación del contenido del art. 1317 CC)⁶⁸, se rechace la pretensión de rescindir las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.

Afirma Serrano Alonso⁶⁹ que en materia de liquidación de sociedad de gananciales no existen casos de fraude de acreedores, pues «los acreedores conservan intactos sus derechos frente a los bienes de la masa ganancial y de los propios cónyuges».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo rechaza, de forma casi sistemática, desde su sentencia de 15 de febrero de 1986 (RAJ 681) la acción rescisoria por fraude de acreedores, puesto que no concurre el requisito de la subsidiariedad⁷⁰. Ahora bien, también hay

⁶⁶ Es decir, las capitulaciones matrimoniales perjudican los derechos de acreedores de deudas gananciales.

⁶⁷ En este sentido, entre otras, SSTS de 10 de septiembre y 17 de noviembre de 1987 (RAJ 6046 y 8406, respectivamente), 20 de marzo de 1989 (RAJ 2186), 7 de noviembre de 1997 (RAJ 7937), 18 de noviembre de 1998 (RAJ 9693), 4 de febrero de 1999 (EDJ 1999/828), 15 de enero de 2001 (EDJ 2001/340) y 6 de julio de 2001 (EDJ 2001/15829).

En relación con esta cuestión existen innumerables resoluciones judiciales de los tribunales de instancia que mantienen la misma tesis; de todas ellas, citamos sólo las más recientes: SAP de Toledo de 23 de enero de 2001 (EDJ 2001/1136), SAP de Asturias de 19 de febrero de 2001 (EDJ 2001/4103) y SAP de Valencia de 12 de abril de 2001 (EDJ 2001/13952).

⁶⁸ Afirma Domingo BELLO JANEIRO, «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, julio-septiembre 1993, p. 52, que el acreedor para que triunfase su pretensión debería instar, con apoyo legal en el artículo 1317 CC, la declaración de inoponibilidad, irretroactividad, irrelevancia o ineficacia en lo perjudicial para sus derechos de las capitulaciones matrimoniales que modifican el régimen económico matrimonial.

⁶⁹ Eduardo SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997, p. 85.

⁷⁰ En este sentido declara la STS de 25 de enero de 1989 (RAJ 124) «que la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, como consecuencia de capi-

algunos pronunciamientos judiciales en los que, tras rechazar la tesis de la inoponibilidad, sí admiten el ejercicio de la acción rescisoria⁷¹.

Fernández Campos⁷² señala que «un sector de la doctrina entiende que la rescisión sólo procede después de que el acreedor haya intentado, sin éxito, hacer valer la protección de artículo 1317 CC y haberle sido negada por no ser su débito consorcial». Bello Janeiro⁷³ afirma que sólo en estos casos procederá el ejercicio de la acción pauliana, y concurriendo los demás requisitos exigidos por la ley, pues así se habrá respetado el carácter subsidiario de la mencionada acción.

4. INEFICACIA DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES POR LESIÓN

Suele ser frecuente en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, que a la hora de valorar los bienes que integran el patrimonio ganancial, ya sea por error o por mala fe de uno de los sujetos que intervienen en la liquidación, se infravaloren o se sobrevaloren determinados bienes de la masa ganancial. La primera consecuencia de ello es que la cifra del activo que resulte

tulaciones matrimoniales otorgadas vigente el matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, pues si mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor también el cónyuge no deudor responde con bienes que se le hubiesen adjudicado, toda vez que existe una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados». Rechaza la citada sentencia el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores debido a que «la actora disponía, con carácter previo al ejercicio de la presente acción rescisoria, de otro recurso legal: el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, en la seguridad de que la masa de bienes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída».

Rechazan también la acción de rescisión por fraude de acreedores en relación con las capitulaciones matrimoniales las SSTs de 14 de octubre de 1987 (RAJ 7099), 17 de noviembre de 1987 (RAJ 8406), 24 de noviembre de 1988 (RAJ 8705), 5 de junio de 1990 (RAJ 4733), 7 de noviembre de 1992 (RAJ 9098) y 18 de noviembre de 1998 (RAJ 9693).

Entre las sentencias de los tribunales de instancia que rechazan el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores respecto de las capitulaciones matrimoniales, podemos citar la SAP de Lugo de 7 de abril de 1999 (EDJ 1999/12141), SAP de Asturias de 28 de junio de 1999 (EDJ 1999/22922) y SAP de Murcia de 10 de julio de 2000 (EDJ 2000/38287).

⁷¹ Entre las SSTs que admiten el ejercicio de la acción rescisoria se pueden citar las de 19 de febrero de 1990 (RAJ 695), 9 de julio de 1990 (RAJ 5788), 29 de octubre de 1990 (RAJ 8264) y 8 de julio de 1991 (RAJ 5399).

También existen resoluciones de los tribunales de instancia que admiten el ejercicio de la acción rescisoria. Son, entre otras, la SAP de Ciudad Real de 31 de diciembre de 1997 (EDJ 1997/19606), SAP de Barcelona de 10 de marzo de 2000 (EDJ 2000/23186) y SAP de León de 16 de marzo de 2000 (EDJ 2000/24569).

⁷² Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, p. 144.

⁷³ Domingo BELLO JANEIRO, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, p. 627.

de las mencionadas operaciones será errónea, pues no se corresponde con la realidad⁷⁴. La valoración defectuosa de los bienes tiene como consecuencia, tal vez más importante, la de la vulneración del artículo 1404 CC, que establece que el remanente de la sociedad de gananciales⁷⁵ debe dividirse por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos. En estos casos, aunque sobre el papel se respeta la igualdad cuantitativa en el reparto de los bienes, en la realidad dicha igualdad no existe debido a dicha valoración errónea.

Señala Martín Meléndez⁷⁶ que para remediar los efectos de una valoración incorrecta de los bienes de la sociedad de gananciales en su liquidación, existen dos posibles soluciones⁷⁷:

- a) La anulabilidad de la partición.
- b) La rescisión de la partición.

Exponemos seguidamente, y de forma breve, los casos en los que procede la anulabilidad de la partición de la sociedad de gananciales y en los que procede su rescisión:

– A juicio de Martín Meléndez⁷⁸, la anulabilidad procederá en los casos en los que la valoración errónea de los bienes sea consecuencia del dolo o de la mala fe de una de las partes⁷⁹. En cambio, y con apoyo en las SSTs de 4 de diciembre de 1985 (RAJ 6202)

⁷⁴ Como señala María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 489, las consecuencias son de gran gravedad, «puesto que los resultados de las operaciones que el avalúo permite realizar resultarán falseados: tras restar el pasivo del activo, hallaremos una cifra que no será la ganancia real; las deudas no quedarán satisfechas si en pago de las mismas se emplean bienes sobrevalorados; y, por último, la igualdad cuantitativa de la partición, será vulnerada».

⁷⁵ Una vez que se han pagado todas las deudas de la sociedad de gananciales.

⁷⁶ María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 490.

⁷⁷ Una vez más en esta materia debemos remitirnos a la regulación del Código civil sobre la partición de herencia y a las soluciones que se adoptan cuando existe una valoración incorrecta de los bienes hereditarios. En el mismo sentido, José María CUTILLAS TORNS, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000, pp. 181 a 189. Realiza el autor una exposición de las distintas tesis doctrinales que existen sobre la cuestión en materia de derecho hereditario y concluye afirmando que son plenamente aplicables a la materia que nos ocupa, esto es, a la liquidación de la sociedad de gananciales.

⁷⁸ María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 490.

⁷⁹ La jurisprudencia, de forma constante, mantiene que la partición tiene naturaleza contractual. En este sentido podemos citar, entre otras, las SSTs de 29 de mayo de 1963 (RAJ 3589), 27 de noviembre de 1972 (RAJ 4663), 3 de febrero de 1982 (RAJ 374), 5 de marzo de 1991 (RAJ 1718), 8 de febrero de 1996 (RAJ 864), 3 de febrero de 1999 (RAJ 747) y 18 de marzo de 1999 (RAJ 1859), así como la STSJ del País Vasco de 7 de julio de 1999 (RAJ 5607). Es precisamente la naturaleza contractual de la partición lo que permite aplicar a esta clase de supuestos las normas sobre vicios del consentimiento de los

y 26 de enero de 1993 (RAJ 365), niega la posibilidad de anular la liquidación de la sociedad de gananciales si la causa de la valoración incorrecta de los bienes es el error⁸⁰.

— Por lo que se refiere a la segunda posible solución, esto es, la rescisión por lesión⁸¹, afirma Martín Meléndez⁸² que la misma es aplicable a los supuestos en los que la valoración incorrecta de los bienes tiene como causa el error.

A continuación, nos centramos en el estudio de la rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales. Lo primero que debemos señalar es que el artículo 1074 CC permite rescindir la partición hereditaria «por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas». Como ya hemos indicado, entendemos que el artículo 1074 CC es aplicable a los supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales⁸³. La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene la misma tesis. Hemos de señalar que ya en 1983, en concreto, en la sentencia de 11 de junio de 1983 (RAJ 3518), se admitió la aplicación del artículo 1074 CC a los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales⁸⁴. El razonamiento en que se basa el Tribunal Supremo

contratos (arts. 1265 ss CC). [En este sentido, Félix HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario», *RDP*, tomo LII, 1968, pp. 524 a 544, cita las SSTs de 9 de marzo de 1951 (RAJ 1611), 13 de octubre de 1960 (RAJ 3085) y 25 de noviembre de 1965 (RAJ 5689); Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 116 a 143.]

⁸⁰ Afirma Félix HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario», *RDP*, tomo LII, 1968, pp. 533, que sólo el error que vicia la formación de la voluntad de los sujetos que intervienen en la partición (error *in substantia* y el que da lugar a la omisión de más de «alguno o algunos» bienes en el inventario según lo expresa el art. 1079 CC) da lugar a la anulabilidad de ésta.

⁸¹ En relación con la figura de la rescisión por lesión, pueden consultarse las monografías de Rafael ÁLVAREZ VIGARAY/Regina DE AYMERICH DE RENTERÍA, *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*, Granada, 1989; Amparo MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión por lesión. (Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno)*, Valencia, 1999; Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 183 a 219, y María Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La acción de rescisión por fraude de los derechos del consorte en la sociedad de gananciales: el art. 1391 CC*, Valencia, 2002, pp. 45 a 69.

⁸² María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 491.

⁸³ La STS de 26 de enero de 1993 (RAJ 365) admite la posibilidad de impugnar por lesión en más de la cuarta parte la liquidación de una sociedad de gananciales que se ha realizado por medio de un convenio regulador aprobado por la autoridad judicial.

Entre las sentencias de los tribunales de instancia que defienden la misma tesis podemos citar la SAP de Huesca de 27 de octubre de 1998 (EDJ 1998/36702) y SAP de Zaragoza de 29 de febrero de 2000 (EDJ 2000/8781).

Mantienen la misma tesis, José María CUTILLAS TORNS, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000, pp. 219 a 247, y María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, pp. 495 a 496.

⁸⁴ Se trata de una jurisprudencia consolidada. Así, por ejemplo, la STS de 8 de marzo de 1995 (RAJ 2158) señala que «no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su suje-

para considerar aplicable dicho precepto, no es sólo el del carácter supletorio de las normas de la partición y liquidación de la herencia, en virtud del artículo 1410 CC, sino también el del contenido del artículo 1291.5 CC⁸⁵.

La doctrina en esta cuestión está dividida. Un sector doctrinal, de carácter mayoritario, defiende la misma tesis que el Tribunal Supremo⁸⁶. Sin embargo, hay otro sector doctrinal minoritario⁸⁷ que considera que el artículo 1074 CC no es aplicable a los supuestos de liquidación de la sociedad de gananciales.

El fundamento de la rescisión se encuentra en la lesión que uno de los cónyuges (el ex cónyuge o los herederos de uno de éstos) sufre en su patrimonio. Lesión derivada de la atribución, como pago de su cuota en la sociedad de gananciales, de bienes cuyo valor no la cubren, debido a la sobrevaloración de alguno de los bienes que se le han adjudicado, o a la infravaloración de alguno de los bienes que se han adjudicado a la otra parte⁸⁸.

Una vez que hemos comprobado que tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten, mayoritariamente, la posibilidad de rescindir por lesión la liquidación de la sociedad de gananciales cuando

ción a rescisión por lesión según el artículo 1074 CC, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial».

En idéntico sentido, entre otras, SSTS de 1 de febrero de 1990 (RAJ 647), 24 de julio de 1990 (RAJ 6178), 7 de noviembre de 1990 (RAJ 8532), 26 de enero de 1993 (RAJ 365) y 20 de noviembre de 1993 (RAJ 9175).

Asimismo, podemos citar diversas resoluciones de los tribunales de instancia que resuelven los casos conforme a la doctrina del Tribunal Supremo. Son, entre otras, la SAP de Cantabria de 4 de julio de 1995 (RAJ civil 1388), SAP de Asturias de 16 de enero de 1997 (RAJ civil 763) y SAP de Asturias de 10 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/16731).

⁸⁵ En el mismo sentido, SAP de Madrid de 18 de enero de 1999 (EDJ 1999/9180).

⁸⁶ María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 491, nos ofrece dos razones por las cuales hay que entender aplicable el artículo 1074 CC a las liquidaciones de la sociedad de gananciales: la primera es la remisión que realiza el artículo 1410 CC a las normas de la partición de la herencia; la segunda razón que señala es de carácter material, es decir, por «la semejante naturaleza de la partición de la herencia y la del remanente líquido de la sociedad de gananciales (...). Además ambas se rigen por los mismos principios, a saber: el de igualdad cuantitativa y, en lo posible, cualitativa»; José Antonio MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, p. 363; Rafael ÁLVAREZ VIGARAY/Regina DE AYMERICH DE RENTERÍA, *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*, Granada, 1989, p. 99; José María CUTILLAS TORNS, *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000, p. 188.

⁸⁷ Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983», *CCJC*, 1983, núm. 3, pp. 763 y 764, y Domingo BELLO JANEIRO, «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, julio-septiembre 1993, p. 63.

⁸⁸ Señala María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 494, que la lesión puede tener como causa la sobrevaloración de las deudas en los casos en los que «por haberse encargado uno de los cónyuges de satisfacerlas, le son adjudicados,

existe una valoración errónea de los bienes, el paso siguiente es aplicar a nuestro supuesto de hecho las normas previstas en el Código civil (arts. 1073 a 1081) para la rescisión por lesión de las particiones hereditarias⁸⁹.

4.1 Requisitos de la rescisión por lesión

Para que los Tribunales estimen la acción de rescisión por lesión, el perjuicio sufrido debe ser de cierta entidad. Concretamente, como señala el artículo 1074 CC, debe ser de más de una cuarta parte del valor de la cuota⁹⁰ que corresponda al sujeto en cuestión⁹¹. Mantiene la STS de 20 de noviembre de 1993 (RAJ 9175) que no procede declarar la rescisión de la liquidación de una socie-

para pago de las mismas, bienes de la masa común, fuera de lo que corresponda por su cuota».

Véase, en este sentido, la STS de 26 de enero de 1993 (RAJ 365).

⁸⁹ Afirma María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 493, que el artículo 1075 CC no resulta aplicable a los casos de rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales porque «la causa que ha llevado a la partición no ha sido, al menos directamente, el fallecimiento de una persona, sino la disolución de un régimen económico matrimonial». Asimismo considera que el párrafo tercero del artículo 1077 CC no resulta aplicable a esta clase de supuestos porque «las partes entre las que los bienes defectuosamente valorados se reparten, son siempre dos».

⁹⁰ En este sentido, STS de 8 de julio de 1995 (EDJ 1995/3482).

En esta cuestión consideramos muy ilustrativa la sentencia que en grado de apelación dictó la Audiencia Provincial de Madrid el 18 de enero de 1999 (EDJ 1999/9180). Señala en su FD 5.º «que cualquier lesión no basta para justificar la rescisión de la liquidación, partición y adjudicación que se persigue en el procedimiento, considerándose que la posibilidad rescisoria queda abierta para los casos de lesión especialmente graves, cifrándose legalmente la gravedad de la lesión en el derecho de que equivalga a más de un cuarto del valor que hubiera debido recibir el pretendidamente perjudicado, lesión que deberá producirse como consecuencia de la sobrevaloración de alguno o algunos de los bienes adjudicados en la cuota o lote correspondiente a uno de los interesados, por lo que en consecuencia, aquél que considere habersele producido la lesión, deducida su pretensión en el juicio, de conformidad con los principios que en materia probatoria emanan del artículo 1214 CC [*precepto derogado por la DD única de la LEC de 2000; en la actualidad resulta de aplicación el artículo 217 LEC de 2000*], deberá probar que el valor real de aquellos que se le ha adjudicado es inferior en más de la cuarta parte al valor real que hubiera debido corresponderle, de haberse valorado correctamente todos los bienes repartidos en el tiempo en que le fueron adjudicados, y en este punto, no cabe sino concluir en que la demandante no ha logrado tal prueba».

Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 202 y 203, señala que un sector doctrinal [cita a Francisco de ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Estudios de Derecho Civil*, Pamplona, 1978, p. 607] critica la exigencia de que la lesión deba ser superior a un cuarto porque en determinados casos puede ser una cuantía muy elevada. Compartimos, en este punto, la opinión de ROBLES LATORRE cuando afirma que la exigencia legal de que la lesión sea superior a un cuarto está justificada. Mantiene que «el fundamento de la existencia del margen del cuarto es la complicación técnica de la partición» y porque «además de este modo se evita que cualquier pequeña desviación entre lo adjudicado y la cuota dé lugar a una impugnación, lo que sería contrario al principio de conservación de la partición».

⁹¹ Entiéndase, cónyuge, ex cónyuge o herederos de uno de los cónyuges.

dad de gananciales cuando «hayan dejado de incluirse en ella (voluntaria o involuntariamente) algunos bienes o valores omitidos (...) sino que la solución adecuada es la de completar o adicionar la liquidación ya hecha con los bienes y deudas que dejaron de incluirse en la misma»⁹².

Cuestión importante es la de fijar el momento temporal en el que hay que valorar los bienes para determinar si existió o no lesión. Realizando una interpretación literal del artículo 1074 CC parece que ese momento es el de la adjudicación de los bienes⁹³.

El cónyuge que interpone la demanda debe probar, tanto el error en la valoración de los bienes, como la existencia de la lesión económica (perjuicio) en más de la cuarta parte⁹⁴. Para probar el per-

⁹² En este mismo sentido, la STS de 22 de febrero de 1994 (RAJ 1109) afirma que por mandato imperativo del artículo 1079 CC, «la omisión de algunos objetos o valores no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione la partición con los objetos o valores omitidos».

En relación con esta cuestión existen diversas resoluciones dictadas por los tribunales de instancia que defienden la misma tesis. Son la SAP de Asturias de 10 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/16731), SAP de Zaragoza de 29 de febrero de 2000 (EDJ 2000/8781) y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/62639).

Por su parte, María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, pp. 417 a 427, afirma que la solución que establece el artículo 1079 CC es la más acorde con el principio que inspira la regulación del Código civil denominado *favor partitionis* o de conservación de la partición.

⁹³ La doctrina, de forma unánime, defiende esta tesis. Entre otros, María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 494, se pronuncia en favor de esta postura, indicando que a estos efectos la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales o de la impugnación de la liquidación carece de importancia; Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, p. 202, y Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario a los artículos 1073 y 1074 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 515 y 516.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene la misma tesis. Entre otras, SSTS de 8 de marzo de 1995 (RAJ 2185) y 8 de julio de 1995 (EDJ 1995/3482).

Existen, en relación con esta cuestión, resoluciones de los tribunales de instancia que se pronuncian en idéntico sentido. Así, por ejemplo, SAP de Asturias de 10 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/16731) y SAP de Palencia de 25 de marzo de 1999 (EDJ 1999/9610).

⁹⁴ Se pronuncian en este sentido las SSTS de 4 de diciembre de 1985 (RAJ 6202) y 14 de junio de 1993 (RAJ 4832).

La SAP de Palencia de 25 de marzo 1999 (EDJ 1999/9610) afirma en su FD 3.º que «la prosperabilidad de la rescisión por lesión requiere que quien la postula acredite cumplidamente como el valor del lote que le fue adjudicado es inferior al menos en una cuarta parte respecto a la cuota que realmente le correspondía, calculado lógicamente el valor de los bienes al tiempo de su adjudicación y no al de la formalización de la demanda (STS de 21 de marzo de 1985). Es ello consecuencia de que el legislador, consciente de que la complejidad de las operaciones particionales impide el ajuste absoluto de los lotes con las cuotas correspondientes, sólo legitima la rescisión de la partición por lesiones verdaderamente graves».

Por otra parte, la apreciación de tales circunstancias, según declara el Tribunal Supremo en la sentencia ya citada de 4 de diciembre de 1985 (RAJ 6202), es una cuestión de hecho que como tal es apreciada libremente por los tribunales de instancia.

juicio sufrido, deberá determinar el valor que tenía el patrimonio ganancial en el momento de la adjudicación (no únicamente los bienes que se le han adjudicado y que considera sobrevalorados, ni tampoco sólo los bienes que han sido adjudicados al otro cónyuge y que considera infravalorados). También se debe valorar el pasivo de la sociedad de gananciales, con la finalidad de poder calcular el remanente a dividir. De esta forma se podrá calcular el valor de la cuota que le corresponde como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales. Si la diferencia entre el valor de la cuota y el valor de los bienes que se le han adjudicado es superior a la cuarta parte, entonces puede afirmarse que procede la rescisión por lesión. En tal sentido afirma Serrano Alonso⁹⁵, que «la posibilidad de rescindir la liquidación se considera como un remedio de carácter subsidiario y excepcional y por lo tanto sólo aplicable cuando se acredite la existencia de la lesión en la cuantía legalmente establecida»⁹⁶.

Por último, para que proceda la rescisión por lesión de la liquidación, no sólo se exige haber sufrido un perjuicio en cuantía superior a la cuarta parte de su cuota, sino que también es necesario, en virtud del artículo 1078 CC, que el cónyuge que solicite la rescisión no haya «enajenado el todo o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados»⁹⁷. Ahora bien,

Mantiene la misma tesis, entre otros, Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 2528; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 494, y Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, p. 203.

⁹⁵ Eduardo SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997, p. 89.

⁹⁶ En este sentido se pronuncia la STS de 20 de noviembre de 1993 (RAJ 9175).

⁹⁷ En este sentido, la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Huesca con fecha de 27 de octubre de 1998 (EDJ 1998/36702) afirma, con apoyo en el artículo 1078 CC, que no se puede ejercitar la acción de rescisión por lesión cuando se ha «dispuesto de un bien inmueble de considerable importancia en relación con el importe de los que le fueron adjudicados».

El fundamento del artículo 1078 CC se encuentra, a juicio de la mayoría de la doctrina, en que la enajenación implica una renuncia tácita a la acción de rescisión por lesión [en este sentido, entre otros, Félix HERNÁNDEZ GIL, «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario», *RDP*, tomo LII, 1968, p. 541]. En nuestra opinión, dicho argumento nos parece dudoso. En el mismo sentido, Luis Díez-PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 8.ª edición, Madrid, 2001, p. 551. Por su parte, Juan VALLET DE GOYTISOLO, «El principio del favor partitionis», *ADC*, 1990, fascículo I, p. 8 (en nota 12), afirma que «en el artículo 1078 no actúa el principio del favor partitionis, sino más bien el de los actos propios e incluso el de buena fe, pues mal puede reclamar la rescisión de una partición quien ha enajenado en base a ella y que, por ello, no podrá restituir *in natura* —conforme al artículo 1295, II— a la masa común lo por el mismo enajenado».

Por otra parte, aunque el artículo 1078 CC sólo se refiere a los bienes inmuebles, un sector doctrinal representado por Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario de los

¿qué alcance tiene la expresión «hubiese enajenado» contenida en el artículo 1078 CC?, ¿debemos interpretarla extensiva o restrictivamente? En relación con esta cuestión, Robles Latorre afirma, acertadamente, que la citada expresión «debe entenderse en sentido amplio de modo que incluya no sólo las enajenaciones propiamente dichas sino también la creación de gravámenes (hipotecas, usufructos)»⁹⁸.

4.2. Legitimación, renuncia a la acción, plazo de ejercicio y efectos de la estimación de la acción

No parece plantear problema alguno la cuestión de la *legitimación activa* para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión del artículo 1074 CC: está legitimado el cónyuge (o en su caso, el ex cónyuge o los herederos) que haya sufrido el perjuicio⁹⁹. Tampoco existen, a nuestro juicio, grandes interrogantes en lo referente a la

artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 2526 y 2527; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 495; Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, p. 207, y Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1078 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, p. 562, es partidario de interpretar de forma extensiva el mencionado precepto para incluir dentro de su ámbito de aplicación a los bienes muebles de considerable valor económico. Mantiene que hay que atender a la importancia cuantitativa de la enajenación respecto de la cuota, con independencia de que se trate de bienes muebles o inmuebles. En este sentido, la SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/58781) se hace eco de la interpretación que parte de la doctrina realiza del artículo 1078 CC.

⁹⁸ Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, p. 207. El fundamento de dicha interpretación se encuentra en que esos gravámenes implican que la cosa pierde valor y «la funcionalidad que tenía en el momento de la adjudicación». En el mismo sentido, Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, Barcelona, 1997, p. 179; Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 2526, y Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1078 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, p. 563.

⁹⁹ En idénticos términos se pronuncian Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, Barcelona, 1997, p. 179; Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, reedición facsimilar, Madrid, 1997, p. 525; Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 2527; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 498, y Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 203 a 205.

cuestión de quién está *legitimado pasivamente* en este tipo de supuestos. La parte demandada será el otro sujeto de la partición que no ha sufrido el perjuicio económico ¹⁰⁰ (cónyuge, ex cónyuge o los herederos de uno de los cónyuges).

Otra de las cuestiones que se plantean es si uno de los cónyuges puede renunciar, en el momento de practicar la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, a la acción de rescisión por lesión ¹⁰¹. El Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia [entre otras, SSTs de 13 de diciembre de 1992 (RAJ 10399), 30 de noviembre de 1994 (RAJ 8638) y 3 de diciembre de 1994 (RAJ 9400)] exige que las renunciaciones sean «claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta». Ello significa, por tanto, que no sólo serán «válidas las que se hagan con palabras prácticamente sacramentales», sino que «es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renuncia» ¹⁰². En virtud de lo anterior, y con apoyo en la STS de 22 de febrero de 1994 (RAJ 1109), hemos de afirmar que cabe la posibilidad de renunciar a la acción de rescisión por lesión ¹⁰³. Señala la mencionada sentencia que cuando en la escritura de liquidación se afirma que nada se tienen que reclamar las partes, entonces «es lógico entender que se ha renunciado a la rescisión por lesión» ¹⁰⁴. En conclusión, la renuncia previa a la acción de

¹⁰⁰ En este sentido, María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 498, considera que «en los supuestos en los que la partición la llevó a cabo un tercero por acuerdo de los partícipes», no es necesario «demandarle también a él». Por su parte, Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, p. 205, se pronuncia en parecidos términos.

¹⁰¹ La STS de 11 de junio de 1957 (RAJ 2517) en relación con esta cuestión considera que sólo será válida la renuncia cuando se haya realizado con conocimiento de todas las circunstancias de hecho que determinen la lesión.

En el mismo sentido, Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1078 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, p. 560.

¹⁰² Véase la STS de 22 de febrero de 1994 (RAJ 1109).

¹⁰³ En idéntico sentido se pronuncian Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 2527; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 500, y Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 208 y 209.

¹⁰⁴ En relación con esta cuestión consideramos interesante transcribir parcialmente algunas resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de instancia. Afirma la SAP de Cantabria de 4 de julio de 1995 (RAJ civil 1388) que «practicada una liquidación y partición con intervención de los interesados, sin oponer reparo alguno, y elevada por los mismos a escritura pública, no pueden las operaciones divisorias ser impugnadas eficazmente por uno de ellos por motivos que fueran conocidos al prestar su aprobación, ni reformarse

rescisión por lesión será válida cuando se realiza de forma libre y no viciada y siempre que no se vulneren los límites establecidos en el artículo 6.2 CC; esto es, que no cause perjuicio a terceros.

Por lo que se refiere al *plazo de ejercicio* de la mencionada acción, el artículo 1076 CC señala que es de cuatro años, «contados desde que se hizo la partición». Entendemos, siguiendo a la doctrina¹⁰⁵ y a la jurisprudencia¹⁰⁶, que dicho plazo es de caducidad.

Los efectos de la estimación de la acción de rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales, están previstos, por remisión del artículo 1410 CC, en el artículo 1077 CC¹⁰⁷. Dispone el mencionado precepto que el demandado podrá optar entre reali-

sus disposiciones, precisando la sentencia de 14 de diciembre de 1957 (RAJ 3445), que la afirmación de que la conformidad al cuaderno particional no puede impedir el ejercicio de la acción rescisoria, sólo cabe admitirla cuando se funde en hechos no conocidos cuando la conformidad se prestó.

En el mismo sentido, la SAP de Huesca de 27 de octubre de 1998 (EDJ 1998/36702). Por su parte, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 de noviembre de 2000 (EDJ 2000/62639), mantiene la misma tesis. Afirma la citada sentencia que «es lógico entender que se ha renunciado a la rescisión por lesión (...) porque en la cláusula segunda apartado tercero del convenio regulador se dice: «Con las anteriores asignaciones y compensaciones económicas quedan saldadas y finiquitadas todas las relaciones económicas existentes entre los esposos, y, por tanto, liquidada la sociedad legal de gananciales, renunciando a toda acción recíproca posterior», lo que evidencia la voluntad indiscutible de renuncia de las partes».

¹⁰⁵ En este sentido, Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, Barcelona, 1997, p. 179; Federico de CASTRO, *El negocio jurídico*, reedición facsimilar, Madrid, 1997, p. 526; Manuel de la CÁMARA ALVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 2527; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 499; Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1076 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, p. 541, y Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, p. 210.

¹⁰⁶ Mantiene la citada tesis, entre otras, la STS de 6 de junio de 1990 (RAJ 4739). Entre las resoluciones dictadas por los tribunales de instancia también encontramos sentencias que mantienen la misma tesis que la jurisprudencia del Tribunal Supremo; véase, en este sentido, la SAP de Zaragoza de 19 de enero de 2000 (EDJ 2000/2576).

Mención especial debemos hacer de la STS de 16 de mayo de 1997 (EDJ 1997/4125). Dicha sentencia al abordar la cuestión del plazo de ejercicio de la acción de rescisión por lesión (art. 1076 CC) afirma, de forma ambigua, que ésta prescribe a los cuatro años. De los Fundamentos de Derecho de la sentencia resulta harto complicado averiguar si el Tribunal Supremo utiliza el término *prescripción* en sentido estricto, o si por el contrario, lo emplea, de manera incorrecta, como sinónimo de *caducidad*.

¹⁰⁷ El citado precepto se inspira en el principio *favor partitionis* [en este sentido, Manuel de la CÁMARA ALVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 2528; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 500; Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 216 y 217, y Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al

zar una nueva partición o indemnizar el daño causado a la otra parte¹⁰⁸. Si se opta por esta última posibilidad, el párrafo segundo del artículo 1077 CC establece que la indemnización «puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio». Así pues, existen dos formas de abonar la indemnización: *a)* en dinero; *b)* «en la misma cosa en que resultó el perjuicio». A diferencia de la primera forma de abonar la indemnización, no está claro en qué consiste la segunda. Debemos, por tanto, preguntarnos cuál es el significado de la expresión «en la misma cosa en que resultó el perjuicio». Albaladejo¹⁰⁹ nos ofrece una respuesta que, a nuestro entender, es convincente. Afirma que la aludida expresión «significa repartir correctamente el mismo bien cuyo reparto ocasionó la lesión. Por ejemplo, si ésta procede de que una finca se adjudicó a otro heredero [*en nuestro supuesto, cónyuge, ex cónyuge o herederos de uno de los cónyuges*] por un valor muy inferior al real, se repara trayendo a ese heredero [*cónyuge, ex cónyuge o herederos de uno de los cónyuges*] la parte necesaria de la misma, adjudicándola al lesionado o lesionados». Por otra parte, la doctrina mayoritaria¹¹⁰ realiza una interpretación extensiva de la expresión contenida en el artículo 1077 CC, admitiendo la posibilidad de que se indemnice con cosas de la misma naturaleza, especie y calidad, a la de aquella cuya valoración errónea causó la lesión¹¹¹.

artículo 1077 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, p. 545].

En relación con el principio *favor partitionis*, véase, entre otros, Juan VALLET DE GOYTISOLO, «El principio del favor partitionis», *ADC*, 1990, fascículo I, pp. 5 a 24, y Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 99 a 102.

¹⁰⁸ En este sentido, entre otras, STS de 7 de noviembre de 1990 (RAJ 8532) y en ámbito de las resoluciones de los tribunales de instancia, véase la SAP de Segovia de 27 de mayo de 1999 (EDJ 1999/23950).

¹⁰⁹ Manuel Albaladejo, *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, Barcelona, 1997, p. 178.

¹¹⁰ Entre otros, Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, Barcelona, 1997, p. 178; Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 2528 y 2529; María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995, p. 501; Pedro ROBLES LATORRE, *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996, pp. 215 y 216, y Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1077 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, p. 552.

¹¹¹ En aplicación de esta interpretación Manuel ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.ª edición, Barcelona, 1997, p. 178, afirma que si la cosa cuya mala valoración causó la lesión era un mueble, se deberá indemnizar con otro mueble; si se trataba de un inmueble, la indemnización se materializará en otro inmueble.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones*, 7.^a edición, Barcelona, 1997.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R./AYMERICH DE RENTERÍA, R. de: *La rescisión por lesión en el Derecho civil español común y foral*, Granada, 1989.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Comentario al artículo 1322 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Código civil (El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975)*, volumen II, Madrid, 1977, pp. 1100 a 1113.
- «Comentario al artículo 1326 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1532 a 1534.
- BAYOD LÓPEZ, M.^a C.: *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Zaragoza, 1997.
- BELLO JANEIRO, D.: «Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial», *RJN*, julio-septiembre 1993, pp. 33 a 67.
- *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993.
- BLASCO GASCÓ, F. de P.: «Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC», *ADC*, 1993, fascículo II, pp. 599 a 641.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La mutabilidad del régimen económico matrimonial», *ADC*, 1994, fascículo II, pp. 115 a 235.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1986», *CCJC*, 1986, núm. 10, pp. 3395 a 3404.
- CERDÁ GIMENO, J.: «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981», *Documentación Jurídica*, 1982, núm. 33 a 36, pp. 231 a 298.
- CUTILLAS TORNOS, J. M.^a: *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Valencia, 2000.
- DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, reedición facsimilar, Madrid, 1997.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «Comentario de los artículos 1073 a 1078 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, 1993, pp. 2519 a 2529.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983», *CCJC*, 1983, núm. 3, pp. 755 a 764.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XVIII, volumen 1.^o, 2.^a edición, Madrid, 1982, pp. 91 a 97.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1497 a 1499.
- «Comentario al artículo 1321 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1507 a 1508.
- «Comentario al artículo 1402 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, volumen II, Madrid, 1984, pp. 1797 a 1798.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, 8.^a edición, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998.

- GARCÍA AMIGÓ, M.: «Comentario al artículo 1111 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 66 a 71.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores*, Tecnos (Colección Jurisprudencia Práctica, núm. 20), Madrid, 1991.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario al artículo 1315 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Código civil (El nuevo título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975)*, volumen II, Madrid, 1977, pp. 1067 a 1070.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: «Sobre la ineficacia de las particiones realizadas por comisario», *RDP*, tomo LII, 1968, pp. 524 a 544.
- HERRERO GARCÍA, M.ª J.: «Comentario al artículo 1317 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 576 a 578.
- JEREZ DELGADO, C.: *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil, IV. Derecho de familia*, 4.ª edición, Barcelona, 1997.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Madrid, 1995.
- MARTÍN PÉREZ, J. A.: *La rescisión del contrato. (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995.
- MONTAÑANA CASANÍ, A.: *La rescisión por lesión. (Origen, evolución histórica y recepción en Derecho moderno)*, Valencia, 1999.
- MORENO QUESADA, B.: «Comentario al artículo 1294 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 529 a 531.
- PAU PEDRÓN, A.: *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad* (discurso leído el día 15 de enero de 2001 en el acto de su recepción como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- «Comentario a los artículos 1401 y 1402 del Código civil», *Comentario del Código Civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 786 a 792.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Protección del tercero frente la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.
- ROBLES LATORRE, P.: *La partición convencional y su impugnación*, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E.: *La acción de rescisión por fraude a los derechos del consorte en la sociedad de gananciales: el art. 1391 CC*, Valencia, 2002.
- ROJAS MONTES, L.: «Efectos frente a terceros de la modificación de las capitulaciones», *AAMN*, tomo XXVI, pp. 295 a 331.
- SEOANE PRADO, J.: «Cuestiones procesales que plantea la defensa de terceros y acreedores en situaciones de cambio convencional de régimen económico matrimonial. Medidas cautelares» (*Régimen económico matrimonial y la pro-*

- tección de acreedores, Cuadernos de Derecho Judicial*), CGPJ, Madrid, 1995, pp. 343 a 389.
- SERRANO ALONSO, E.: *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1997.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «Comentario a los artículos 1073 y 1074 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 503 a 519.
- «Comentario al artículo 1076 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 535 a 542.
- «Comentario al artículo 1077 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 542 a 558.
- «Comentario al artículo 1078 del Código civil», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales* (dirigido por Manuel Albaladejo), tomo XIV, volumen 2.º, Madrid, 1989, pp. 558 a 566.
- «El principio del favor partitionis», *ADC*, 1990, fascículo I, pp. 5 a 24.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *El derecho de autor en internet. La Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, ed. Comares, Granada, 2001, 647 pp.

Cuando en 1987 se promulgó la Ley de Propiedad Intelectual, la explotación de las obras, interpretaciones, fonogramas, grabaciones audiovisuales, emisiones de las entidades de radiodifusión, meras fotografías y determinadas producciones editoriales (para abreviar, en lo sucesivo me referiré a obras y otras prestaciones protegidas, utilizando la terminología adoptada recientemente por el legislador comunitario), se llevaba a cabo en un entorno esencialmente analógico. El desarrollo de la tecnología digital iniciado en la década de los ochenta motivó la aparición no sólo de nuevos tipos de obras, como las bases de datos electrónicas o las obras multimedia, que se sustentan sobre programas de ordenador, sino también de nuevas formas de explotación: la reproducción (que no transformación) de una obra o prestación protegida a través de su digitalización, la distribución de ejemplares de la misma en soportes digitales y, más modernamente, su puesta a disposición del público a través de una red digital como pueda ser *internet*. Ello hizo necesario que los legisladores nacionales adaptaran sus leyes de propiedad intelectual a los nuevos tiempos, de modo que pudieran proporcionar soluciones adecuadas a los recientes entornos digitales, conjugando los intereses de los titulares de los derechos sobre las obras y prestaciones protegidas con los de los propios usuarios. En nuestro continente, dicha adaptación ha venido de la mano de la actuación de la Comunidad Europea que, con el fin de facilitar la libre circulación de estos bienes en el mercado común a través de la armonización de los ordenamientos internos, ha aprobado sucesivas directivas que han incidido en mayor o menor medida sobre la propiedad intelectual en los entornos digitales. Primero fue la Directiva 91/250/CEE, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador (transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 16/1993, de 23 de diciembre). Después, la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de las bases de datos (incorporada al ordenamiento español a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo). Y por último, la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, DDASI). A esta Directiva, pendiente de transposición, y a su aplicación a los entornos de las redes digitales de transmisión de datos dedica el profesor Ignacio Garrote Fernández-Díez la monografía objeto de esta reseña. Pero no sólo se refiere a la citada Directiva, sino también a los Tratados de la OMPI de 1996 relativos al derecho de autor y a los derechos sobre las interpretaciones o ejecuciones y los fonogramas, conocidos como Tratados de Internet, y a las soluciones que conforme al vigente texto Refundido de la Propiedad Intelectual (TRLPI) pueden otorgarse a los pro-

blemas que surjan en este ámbito, todo ello aderezado con abundantes referencias de Derecho comparado.

El autor abre el libro con un capítulo de carácter introductorio en el que realiza una más que útil descripción de *internet*, sus características principales, su evolución histórica, su funcionamiento y sus herramientas y utilidades principales (como el correo electrónico, los grupos de noticias, el *chat*, *telnet* o los sistemas de recuperación remota de la información, por ejemplo el protocolo FTP o la propia *World Wide Web*), enumerando a continuación los problemas fundamentales que plantea la digitalización en relación con la propiedad intelectual. Resumidamente, puede decirse que la digitalización facilita la reproducción de calidad, la comunicación pública de las copias resultantes y su manipulación (ya sea la combinación de obras y prestaciones pertenecientes a diversos medios expresivos, ya sea su simple alteración). Todo ello convierte los entornos digitales en magníficos caldos de cultivo para el pirateo, circunstancia que viene acrecentada por la creencia de los usuarios de que la circulación de la información por la red debe ser libre y gratuita.

Se refiere después a las páginas y sitios *web* como obras protegidas por el derecho de autor. En concreto, los califica como programas de ordenador, si bien admite la protección separada de su presentación visual conforme a la categoría de obras a la que pertenezca. Podría criticarse lo que me parece una variación del orden lógico de las cosas. Lo que el *webmaster* (diseñador del sitio *web*) quiere ofrecer y el usuario quiere disfrutar no es el programa de ordenador, sino su presentación visual, con o sin sonidos, pero aquél es imprescindible para la propia existencia de la página *web*. Por ello, en mi opinión puede ser más razonable considerar que la página *web* está integrada por ambos, programa y presentación visual (incluso cuando están realizados por persona distinta), de forma similar a como una canción está formada por letra y música. Eso sí, sólo se protegerá aquello que sea original, lo que en relación con las páginas *web* más simples puede llevarnos a negar tutela al programa de ordenador cuando sea la forma única de conseguir una determinada presentación visual, que en cambio puede tener un diseño original o constituir una base de datos o una colección protegible (igual que en una canción puede protegerse la música pero no la letra, o viceversa). Ello no obstante, se opte por la alternativa propuesta por el profesor Garrote o por la expuesta someramente aquí, las consecuencias a las que ambas conducen en la práctica no difieren en exceso.

Termina el capítulo con una concisa alusión a la tutela de los nombres de dominio por la propiedad intelectual e industrial y a la imposibilidad de proteger *internet* en su totalidad como una colección o base de datos.

El capítulo II aborda, también en términos genéricos, problemas que en relación con el derecho de autor suscitan las redes digitales, a la mayoría de los cuales intenta dar respuesta en capítulos ulteriores, y explica con talante crítico las diferentes posturas doctrinales existentes para afrontarlas. Éstas pueden clasificarse en tres grupos: teorías neoclásicas, teorías minimalistas y teorías eclécticas. Los neoclásicos parten de un análisis económico del derecho para defender una visión expansiva de la propiedad intelectual en el ámbito de los entornos en línea. Consideran que a los autores les corresponden todas las formas de explotación de sus obras, y que las excepciones a sus derechos sólo tienen sentido cuando responden a imperfecciones insuperables del mercado, de modo que si la técnica les permite contratar directamente con los usuarios, primará el derecho exclusivo, pasando a ser dispositivas las nor-

mas que contemplan excepciones o licencias obligatorias. Ahora bien, teniendo en cuenta que muchas de las excepciones responden a un interés general que debe primar sobre los intereses privados de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, algunos neoclásicos han adoptado posiciones más moderadas declarándolas indisponibles. Opuestas a las teorías neoclásicas están las teorías minimalistas. Para los minimalistas más radicales, el derecho de autor está obsoleto para los entornos en red, que deben fundarse en el principio de libre acceso a las obras y prestaciones protegidas que albergan. Los autores, artistas, productores y editores pueden recuperar su inversión por medios alternativos a la propiedad intelectual. En términos más moderados, los minimalistas democráticos entienden que el derecho de autor en el entorno digital dificulta el diálogo democrático, por lo que tiene que ser restringido, de modo que no impida la reproducción, la transmisión y la transformación de las obras. Frente a estas tesis extremas, hay posturas eclécticas, que, como tales, me parecen más convincentes, las cuales consideran que el derecho de autor, con algunas variaciones para adecuarlo a los entornos digitales, sirve también en este ámbito.

En el tercer capítulo analiza el doctor Garrote dos cuestiones que han quedado fuera de la DDASI: la ley aplicable a los conflictos en materia de propiedad intelectual que se manifiestan en *internet* y el derecho moral en el entorno digital.

En un ámbito como *internet*, de carácter supranacional, global incluso, la concepción territorial tradicional de los derechos de propiedad intelectual plantea problemas. Piénsese que una obra puede ser puesta a disposición del público de todo el mundo sin el consentimiento de su autor a través de un servidor que se encuentra, por ejemplo, en Tailandia. ¿La obra se estaría entonces explotando en Tailandia, y en consecuencia aplicaríamos su legislación, o en cada uno de los países donde resulta accesible, aplicando entonces todas y cada una de las leyes nacionales de los territorios afectados? Ignacio Garrote, tras estudiar las disposiciones relevantes al respecto (fundamentalmente el art. 5.2 del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas y el art. 10.4 CC, que en su opinión contemplan como norma de conflicto la regla *lex loci delicti commissi* trasladada al campo de los derechos inmateriales, lo que considero una interpretación en exceso restrictiva, ya que dichos preceptos acogen la fórmula más amplia de la *lex loci protectionis*, que no requiere una previa infracción de los derechos exclusivos) critica la aplicación estricta del principio de territorialidad a estos supuestos por el fraccionamiento de las reclamaciones al que conduce. La crítica concluye con una propuesta personal *de lege ferenda*, basada en un doble sistema, según nos encontremos dentro o fuera del ámbito de la Unión Europea. En el seno de la Comunidad, se aplicará la ley del país de puesta en línea de la obra o prestación protegida [criterio similar al adoptado por el artículo 1.2.b) de la Directiva 93/83/CEE, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable], lo que es lógico, dado el elevado grado de armonización existente en materia de propiedad intelectual. Pero cuando dicho país de la puesta en línea es ajeno a la Comunidad Europea, sólo se aplicará su ley cuando satisfaga los niveles mínimos de protección establecidos por los convenios internacionales en la materia. En caso contrario, se aplicará la ley del país de residencia del autor o, como criterio subsidiario, la *lex fori*. Con ello preten-

de que resulte aplicable una única ley determinable *a priori* con cierta certeza (lo cual choca, sin embargo, con los principios básicos sobre los que descansa la propiedad intelectual, si bien presenta importantes ventajas de índole práctico). Se echan en falta únicamente dos cosas en relación con esta cuestión. Primero, una delimitación de qué materias se rigen por la *lex contractus* (me refiero a las licencias de explotación de obras o prestaciones protegidas y a los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual) y cuáles por la ley del derecho de exclusión, únicamente mencionada en la nota número 8 del capítulo. Segundo, una toma de partido más clara en términos de *lege data*.

La segunda parte del capítulo III trata el tema del derecho moral. Tras un examen de la cuestión en el Derecho comparado, mantiene que el artículo 14 del TRLPI ofrece criterios adecuados para la resolución de los conflictos que puedan plantearse en el entorno digital con respecto al derecho moral de los autores (como el art. 113 TRLPI en relación con el «derecho moral» de los artistas intérpretes o ejecutantes, añadiría yo), centrándose a continuación en las facultades de divulgación, paternidad e integridad. Propone soluciones razonables, que tienen en cuenta los intereses tanto de los derechohabientes como de los usuarios, a problemas específicos como en qué supuestos puede entenderse divulgada una obra enviada por *email* a un grupo de personas, si caben sucesivas divulgaciones de una misma obra, si respeta el derecho de paternidad el que el nombre de los autores aparezca en una página *web* a la que se accede a través de un enlace o la reproducción de mensajes de terceros en los grupos de noticias sin que conste el nombre de su autor...

Los capítulos IV y V se dedican a los derechos patrimoniales exclusivos en los entornos digitales. Alterando el orden habitual en los textos legales, el primero de ellos se centra en los derechos de comunicación pública y puesta a disposición, dejándose el derecho de reproducción para el segundo.

Como nos explica el profesor Garrote mediante un detallado estudio de la regulación internacional y de Derecho comparado, a través del derecho de puesta a disposición, derecho de nuevo cuño que surge al amparo de los Tratados de la OMPI sobre derechos de autor y sobre interpretaciones y fonogramas, se pretende salvar las diferencias existentes entre las diversas legislaciones nacionales en relación con los derechos patrimoniales exclusivos que les corresponden a los autores, productores y artistas intérpretes o ejecutantes. En algunos ordenamientos, las transmisiones en línea son actos de distribución. En otros, actos de comunicación pública. Con la noción de derecho de puesta a disposición se permite a los legisladores nacionales elegir el derecho exclusivo preexistente en el que subsumir esta nueva modalidad de explotación.

La DDASI ha optado por anudar la transmisión en línea a la carta al derecho de comunicación pública, y no al derecho de distribución (los antecedentes y los motivos que le llevaron al legislador comunitario a elegir esta alternativa aparecen detalladamente explicados), razón por la cual en la monografía no se presta atención al segundo. El artículo 3.1 de la DDASI reconoce un derecho general de comunicación pública a los autores, una de cuyas manifestaciones es el derecho de puesta a disposición, que se refiere a transmisiones en línea. Con ello se evitan las dudas que pueden suscitarse en los ordenamientos de los Estados miembros acerca de si el derecho de comunicación pública engloba o no este tipo de actos, caracterizados porque la transmisión es punto a punto, y no punto a multipunto como el supuesto nor-

mal de la comunicación pública. Sin embargo, y pese al tenor literal de este precepto, para el profesor Garrote Fernández-Díez el derecho de puesta a disposición no se configura realmente en la DDASI como una modalidad de comunicación pública, sino como un nuevo derecho, como prueba, entre otros argumentos, que en relación con los derechos afines el artículo 3.2 prevé un derecho de puesta a disposición independiente del derecho de comunicación pública. En consecuencia, para transmisiones en línea, donde el usuario solicita activamente el acceso a una obra disponible, opera el derecho de puesta a disposición. Para difusiones que no sean en línea, donde el transmitente comunica a un usuario esencialmente pasivo la obra, acudiremos al derecho de comunicación pública.

Tras analizar los caracteres de este derecho de puesta a disposición en el ámbito de la DDASI, se cuestiona si el derecho de comunicación pública del TRLPI es suficientemente amplio como para albergar la puesta en línea de una obra, a lo que da respuesta afirmativa, partiendo de la base de que el derecho de distribución del artículo 19 TRLPI no da cabida a los actos de puesta a disposición a los que aquí se hace referencia (por más que el propio precepto califique la distribución como la «puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma»), pues exige que se pongan a disposición del público ejemplares materiales de la obra, lo que no ocurre aquí. El doctor Ignacio Garrote realiza un denodado esfuerzo por determinar cuándo un acto de transmisión digital es público, dedicando especial atención a supuestos fronterizos, como el envío de una obra o prestación protegida por *email* a un grupo de personas (la remisión a grupos de noticias y listas de correos le parece un acto de comunicación pública; el envío a un grupo de amigos, no) o el intermediar en el intercambio de objetos protegibles entre multitud de usuarios (puede discutirse que en casos como el de *Napster* el servidor esté comunicando públicamente las obras que los usuarios intercambian merced a su labor de mediación, como afirma el autor de la monografía). Termina el capítulo estudiando si es posible incardinar el derecho de puesta a disposición en alguna de las modalidades de comunicación pública previstas por el artículo 20.2 TRLPI. Considera que en buena parte de los casos será subsumible en las letras *i*) o *j*) del TRLPI, que califican como acto de comunicación pública el acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, sea ésta original o no. Para aquellos casos en que no se trate de una base de datos puesta en línea, teniendo en cuenta que el listado del artículo 20.2 es meramente ilustrativo, valdrá el supuesto general del artículo 20.1, aunque estima aconsejable que cuando se transponga la Directiva se añada una letra *k*) al artículo 20.2 que aluda específicamente a la puesta a disposición.

En cuanto al derecho de reproducción, la dificultad que surge de los entornos en red radica en la existencia de diversos tipos de copias temporales tendentes a facilitar la circulación de la información por la red, cuando no a posibilitarla. La cuestión se centra en determinar si dichas copias están cubiertas por el derecho de reproducción, requiriendo entonces la autorización de su titular, o si, por el contrario, son libres. Tras el habitual análisis del Derecho convencional internacional y del Derecho comparado, el profesor Garrote expone y describe cuáles son las distintas clases de reproducciones que se dan en la red. Se refiere en particular a las copias temporales en sentido estricto, a las copias efímeras, a las copias en memoria RAM y, por último,

a las copias caché (o memoria tampón, término utilizado por la Directiva sobre comercio electrónico), antes de centrarse en el estudio de los artículos pertinentes de la DDASI y del TRLPI.

En el ámbito del ordenamiento comunitario, el régimen de las reproducciones de obras y prestaciones protegidas en *internet* se construye integrando los artículos 2 y 5.1 de la DDASI (el primero reconoce un derecho de reproducción amplísimo que es limitado por la excepción imperativa al mismo para el caso de copias provisionales realizadas bajo ciertas condiciones contemplada por el segundo) y los artículos 12.2 y 13 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico (que contienen una exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por copias efímeras y *caching* del sistema, respectivamente). En opinión del profesor Garrote, las copias temporales con relevancia económica están cubiertas por el derecho de reproducción del artículo 2 y no se ven excepcionadas por el artículo 5.1 de la DDASI, dejando a salvo en este momento la excepción de copia privada. No ocurre lo propio con las copias efímeras o técnicas, que son aquellas que se realizan en los puntos intermedios de la red, durante la transmisión de la obra de un punto a otro. A éstas se les aplica el artículo 5.1, de modo que cuando se satisfacen los requisitos establecidos por esta norma, no se producirá infracción del derecho de reproducción. A mayor abundamiento, e incluso si no se cumplieran los requisitos del artículo 5.1 de la DDASI, los proveedores de acceso a *internet* podrían quedar cubiertos por la exención de responsabilidad prevista por el artículo 12.2 de la Directiva sobre comercio electrónico.

En relación con las copias en memoria RAM, y en atención al creciente mercado de visualización, entiende que quedan fuera de la excepción del artículo 5.1 y requieren la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, que podrá ser implícita, pues presume que se ha concedido al prestar el consentimiento para su puesta a disposición siempre que no se haya restringido el acceso a la obra o prestación protegida a través de medidas tecnológicas. Aunque comparto los resultados a los que conduce esta tesis, en algún caso la vía para llegar a ellos me resulta un tanto artificiosa. En mi opinión, cuando se trata de obras o prestaciones de acceso libre a través de la red que han sido puestas a disposición del público con la autorización de sus derechohabientes, en la medida en que la copia RAM posibilita la visualización lícita de esa obra accesible al público gratuitamente (la reproducción es una exigencia para poder usar la obra, y no tiene sentido restringirla cuando se ha dispuesto un acceso libre a la misma), carece de significado económico independiente (la significación económica reside aquí en el acto de puesta a disposición, no en la copia en memoria RAM que le permite al usuario visualizar la obra o prestación protegida, por más que exista un mercado de visualización), lo que permite aplicar directamente la excepción del artículo 5.1.b) de la DDASI, que es precisamente lo que pretendía el legislador comunitario (*vid.* el considerando 33 de la DDASI). Si la obra es de libre acceso, pero la puesta a disposición no fue consentida por su autor, como opina el profesor Garrote no podremos recurrir al artículo 5.1 de la DDASI. La copia RAM es ilícita, pero en la medida en que el usuario confiaba en la apariencia de libertad de acceso a la obra o prestación protegida, no es responsable de la infracción *ex* artículo 1902 CC, por ausencia de culpa. Por último, si la obra estaba protegida por medidas tecnológicas que ha eludido el usuario, claramente

queda fuera de la cobertura del artículo 5.1 de la DDASI, tal y como afirma Ignacio Garrote.

Finalmente, en relación con el *caching* (práctica destinada a agilizar el tráfico en *internet* mediante reproducciones de un sitio *web* al que ha accedido un usuario, de modo que si quiere volver a acceder al mismo lo haga a través de la copia, y no del servidor original), distingue entre las copias caché del sistema y las copias caché locales (según la reproducción se haga en un servidor o en el ordenador personal del usuario). Las copias caché del sistema para el profesor Garrote quedan fuera de la excepción del artículo 5.1 de la DDASI, principalmente porque tienen significación económica, pero las entiende permitidas primero por la autorización implícita del propio titular de los derechos sobre la obra o prestación protegida reproducida que ha consentido su puesta en línea, dado que es una práctica usual en los entornos en red, y segundo por la exención de responsabilidad prevista por el artículo 13 de la Directiva sobre comercio electrónico (aunque en mi opinión, el que se exima de responsabilidad si se dan determinadas condiciones al prestador de servicios no es un argumento a favor de la licitud del *caching*, pues, como se desprende del artículo 13.2 de la citada Directiva sobre comercio electrónico, el que no sea responsable no obsta para que se le pueda compeler a cesar en la infracción). En cuanto a las copias caché locales, si no son persistentes se tratarán como los supuestos de copia en memoria RAM, mientras que si lo son, no estarán amparadas por la excepción del artículo 5.1 de la DDASI, pero sí podrán estarlo por la de la copia privada.

Termina el capítulo estudiando cómo funciona el derecho de reproducción contemplado en el artículo 18 TRLPI en los entornos digitales. Comienza por afirmar, con razón, que la puesta en línea de una obra requiere su reproducción previa en el servidor, por lo que es necesario el consentimiento del titular de este derecho (como también del derecho de comunicación pública para asignarle una URL y ponerla a disposición del público). A continuación analiza las distintas copias temporales propias de la explotación de una obra o prestación protegida a través de *internet*. Considera que las copias temporales en sentido estricto están cubiertas por el derecho de reproducción. En cuanto a las copias efímeras, y a la espera de la transposición de la solución adoptada por la DDASI, defiende que se encuentran excluidas del derecho de reproducción que, a estos efectos, interpreta de forma restringida, en el sentido de que requiere que la copia tenga relevancia económica, lo que no ocurre con las copias efímeras, que tienen carácter instrumental en relación con el derecho de comunicación pública. El problema que, desde mi punto de vista, plantea esta tesis es que también tiene carácter instrumental en relación con el derecho de comunicación pública la reproducción de una obra o prestación protegida en un servidor para su puesta en línea, resultando aparentemente contradictorio que para este acto sí exija el consentimiento del titular del derecho de reproducción. La dificultad se salva si recordamos que para que una obra circule por la red de forma lícita es necesario que se haya consentido previamente su puesta a disposición del público, lo que entraña, según sabemos, el ejercicio de los derechos de reproducción y comunicación pública, que conllevan necesariamente la autorización para realizar todas aquellas copias efímeras imprescindibles para la transmisión de la obra, pues en caso contrario no podría efectuarse la comunicación pública autorizada. Como el titular de los derechos de reproducción y comunicación pública tiene que haber prestado su consentimiento, nada impide esta interpretación. En

cambio, no se puede decir lo mismo cuando el titular del derecho de comunicación pública pretende poner la obra o prestación protegida a disposición del público en *internet* a menos que sea a la vez titular del derecho de reproducción.

Se refiere después a las copias RAM, que dice se enmarcan en el derecho de reproducción y requieren el consentimiento del autor, con el fin de proteger el mercado de visualización de sitios *web*. Este consentimiento normalmente será implícito, como ya afirmaba en relación con la DDASI. Respecto a las copias caché, las considera también en el ámbito del TRLPI reproducciones que requieren el consentimiento de los autores si son del sistema. Si se trata de copias caché locales, distingue según sean permanentes o no. Cuando no lo son, les otorga el mismo tratamiento que a las copias RAM. Cuando lo son, entiende que se trata de reproducciones que podrán beneficiarse de la excepción de copia privada.

Finaliza el capítulo V con una referencia al establecimiento de enlaces (*links*) en la red (que había tratado con anterioridad de forma más detallada en su artículo «Propiedad intelectual en *internet*, el derecho a establecer enlaces en la *www*», en *pe. i.*, núm. 1, 1999, pp. 67 y ss). Mantiene que los enlaces en sí no constituyen una reproducción, sino que quien reproduce es el usuario que activa el enlace, y siendo normalmente permisible esta copia RAM, según se ha visto, el proveedor del enlace no incurre en responsabilidad. El enlace sólo es ilícito, y por ende, su proveedor responsable, cuando facilita que el usuario reproduzca una obra ilícitamente (por ejemplo, provee acceso al usuario a un sitio *web* de acceso restringido). Por ello, resulta un tanto contradictorio que a renglón seguido afirme que existe una presunción de licitud de los enlaces, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, que desaparece cuando el autor de la página *web* enlazada se había opuesto expresamente a ellos. En mi opinión, si se entiende que no se reproduce la página *web* a través de un enlace, esta práctica no vulnera el citado derecho exclusivo, de modo que el diseñador de la *web* no podrá negarse a que se establezca el enlace con base en su derecho de propiedad intelectual (como tampoco puede nadie oponerse a que le citen al amparo de la excepción del artículo 32 TRLPI). Esto no quiere decir que los enlaces sean enteramente libres: cabe que supongan un acto de competencia desleal, o una infracción del derecho de marcas, o incluso, desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual, una vulneración del derecho moral, como señala el propio profesor Garrote Fernández-Díez.

El capítulo VI trata sobre las excepciones a los derechos de propiedad intelectual en *internet*. Comienza por examinar las excepciones a los derechos de autor y derechos afines en los Tratados de la OMPI de 1996. Analiza a continuación las excepciones en el Derecho comparado, distinguiendo los sistemas de *copyright*, basados en la excepción genérica del uso lícito (*fair use, fair dealing*) de los sistemas continentales, que contemplan listados de excepciones específicas, amparadas unas en las imperfecciones del mercado y en el interés general otras, prestando una atención especial a la excepción de copia privada en las legislaciones de tradición jurídica continental.

El núcleo del capítulo consiste en el estudio de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual contenidas en el artículo 5 de la DDASI. Aborda primero la espinosa cuestión de si el listado de excepciones contemplado por la Directiva constituye o no un *numerus clausus*. La Directiva parece asumir que se trata de un listado cerrado, con la matización derivada del

artículo 5.3.o), que contempla la posibilidad de que los estados miembros conserven excepciones tradicionales referidas al entorno analógico distintas de las enumeradas en el artículo 5 DDASI en ciertas condiciones (muy restringidas), lo que critica el profesor Garrote. A la vista de la relación de excepciones de este precepto, facultativas todas salvo la contemplada en el apartado primero, ya estudiada en relación con el derecho de reproducción, se plantea de forma exhaustiva qué alternativas en esta materia van a tener los Estados miembros cuando transpongan la Directiva. En su análisis de las concretas excepciones establecidas por el artículo 5, se ciñe a aquellas que tienen que ver con los entornos en línea. En concreto, alude primero, como excepciones al derecho de reproducción, a la copia privada, cuya relación con la protección de las medidas tecnológicas queda diferida al capítulo VII; y a la reproducción en bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos que en su opinión permite visualizar obras en formato electrónico en un solo terminal de los centros a los que se refiere el artículo 5.2.c) de la DDASI, y que pone en relación con el artículo 5.3.n), que excepciona también la reproducción y comunicación pública de obras y prestaciones protegidas en idénticos lugares con fines de investigación, aunque en supuestos muy limitados, con el propósito de que aquellas obras en formato electrónico que se encuentran fuera del mercado puedan visualizarse en varios terminales de una misma sala. Por lo restringido de estas últimas, son objeto de crítica por el autor. Trata después las excepciones comunes a los derechos de reproducción y comunicación pública: las excepciones de ilustración con fines educativos o de investigación científica; de reproducción por parte de la prensa de artículos y emisiones sobre temas de actualidad económica, política o religiosa; de uso de obras o prestaciones que guarden relación con acontecimientos de actualidad; el derecho de cita [en relación con el cual se echa en falta un examen más detallado del requisito de que la obra o prestación «se haya puesto ya legalmente a disposición del público», como reza el art. 5.3.d), con el fin de determinar si se está refiriendo al derecho de puesta a disposición o simplemente a que la obra se encuentre ya divulgada, aunque sea por otros medios, solución que parece más razonable]; de utilización de obras o prestaciones protegidas con fines de seguridad pública o en el marco de procedimientos administrativos, parlamentarios y judiciales; de inclusión accidental de obras o prestaciones en otro material (cuya interpretación por parte del profesor Garrote me parece demasiado amplia); y de uso de la obra en relación con la demostración o reparación de equipos.

Para terminar, se refiere al funcionamiento en los entornos en línea de los límites a los derechos de propiedad intelectual contenidos en el TRLPI, dedicando una mayor atención a la excepción de copia privada, aplicable también en *internet* a toda obra o prestación protegida que no sea un programa de ordenador o una base de datos. Específicamente, considera que puede albergar el almacenamiento de obras por los usuarios, mereciendo los autores una remuneración en contraprestación, que se debería cobrar a los fabricantes de equipos informáticos y de dispositivos de almacenamiento. Esta afirmación, que comparto, presenta el problema, además de los señalados por el profesor Garrote, de que todavía es secundario el uso de equipos informáticos para reproducir obras, por lo que se estaría gravando la venta de equipos y dispositivos de almacenamiento que no están principalmente destinados a la obtención de copias de obras o prestaciones protegidas. De forma más somera, alude también a otros límites a los derechos patrimoniales contenidos en el

capítulo II del título III del libro I del TRLPI: las reproducciones en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, el derecho de cita, trabajos sobre temas de actualidad, conferencias, alocuciones, informes ante los tribunales y discursos en instituciones públicas, la utilización de obras con ocasión de informaciones de actualidad, la libre reproducción y préstamo sin ánimo de lucro en determinadas instituciones, las utilidades de bases de datos con fines ilustrativos, de enseñanza o investigación científica y, por último, la parodia [respecto de la cual, me parece interesante sin duda la nota (361) calificando la obra resultante de una parodia como una obra independiente y no derivada].

El último capítulo de la monografía se dedica al estudio de la salvaguarda de las medidas tecnológicas que protegen las prestaciones digitales en los entornos en línea y de la información para la gestión de derechos. Salvo en materia de programas de ordenador, donde el artículo 102.c) considera infractores de la propiedad intelectual a quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa informático, el TRLPI no contiene ninguna norma que sancione la elusión de medidas tecnológicas adoptadas para proteger una obra o prestación objeto de propiedad intelectual. Por ello, tras definir y clasificar las medidas tecnológicas y explicar en qué consisten los sistemas de información para la gestión de los derechos, el profesor Garrote se centra en analizar los Tratados de la OMPI de 1996, la Directiva de Acceso Condicional y la DDASI (y su modelo en el derecho norteamericano, la *Digital Millennium Copyright Act*), las cuales se solapan parcialmente, y en formular una serie de apreciaciones sobre cómo debe transponerse al ordenamiento español.

La prohibición de la elusión de medidas tecnológicas que protegen prestaciones objeto de propiedad intelectual se encuentra en el artículo 6 de la DDASI. El precepto conmina a los estados miembros a establecer una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva destinada a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización de sus derechohabientes; y contra actos tendentes a comercializar bienes o servicios destinados a eludir tales medidas. Se lamenta el profesor Garrote de que la norma debe ser interpretada en el sentido de que tampoco cabe eludir medidas tecnológicas para realizar actos permitidos por las excepciones a los derechos de propiedad intelectual contempladas por la Directiva, lo que puede llevar a convertirlas en papel mojado en los entornos en línea. Alude también al derecho de acceso, o derecho de uso de una obra, que crea la Directiva. En efecto, la amplitud de la prohibición de elusión de medidas tecnológicas lleva a considerar una infracción de la propiedad intelectual el acceso no autorizado a una obra protegida por una de estas medidas, ya que dicho acceso sólo será posible tras la elusión del dispositivo técnico que la protege. Esta prohibición está sometida a las excepciones enumeradas por el artículo 6.4 DDASI, que sin embargo, como explica Ignacio Garrote, no tienen apenas aplicación en el marco de *internet*. En consecuencia, el régimen de las excepciones a los derechos de propiedad intelectual en *internet* va a ser muy limitado, y en la práctica funcionará el sistema de contratación en línea no ya para la explotación de una prestación protegida, sino para el propio uso de la misma, tal y como se desprende del párrafo cuarto del artículo 6.4 de la Directiva.

En relación con la protección de la información para la gestión de los derechos, el estudio se centra en el artículo 7 de la DDASI, que prohíbe toda supresión o alteración consciente de la información para la gestión de los derechos, por un lado, y la explotación de prestaciones protegidas cuya información para la gestión de los derechos haya sido suprimida o alterada, en determinadas condiciones, por otro.

Cierra el capítulo con una referencia a la transposición de los artículos 5, 6 y 7 de la DDASI al ordenamiento interno, que deberá tener en cuenta qué excepciones son imperativas y cuáles no. No lo es, entiende, la excepción de copia privada, justificada por la imposibilidad en el entorno analógico de controlar la reproducción de una obra en la esfera privada del copista. Por ello, aquí, tal y como se desprende además del propio tenor del artículo 6 DDASI, la copia privada no será posible cuando la obra esté protegida por una medida tecnológica si no se cuenta con el consentimiento del autor (otorgado mediante licencia y correlativa remuneración). En cambio, las demás excepciones contempladas por el legislador español sí tienen carácter imperativo, por fundarse en un interés general, y no pueden ser eliminadas contractualmente a través de una licencia en línea. En estos casos, para el profesor Garrote, el usuario legítimo podrá hacerlas valer. Sin embargo, cuando el usuario no sea legítimo (por haber eludido una medida tecnológica limitativa del acceso a la obra), no podrá ampararse en la excepción imperativa, porque la infracción proviene del propio acceso a la obra burlando la medida tecnológica de protección, no de la vulneración de un derecho exclusivo, que es lo que previene la excepción.

La obra concluye con una bibliografía muy completa y un listado minucioso de los casos citados durante la exposición que es buena muestra del magnífico trabajo de investigación efectuado por Ignacio Garrote Fernández-Díez. Ello unido a la oportunidad del tema, la relevancia innegable que ha adquirido en los últimos tiempos y la labor de combinación de teoría y práctica efectuada por el autor, convierten esta monografía en una referencia ineludible para los estudiosos de los derechos de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías.

Alfonso GONZÁLEZ GOZALO
Profesor Ayudante de Derecho civil
de la Universidad Complutense de Madrid

GUZMÁN BRITO, Alejandro: *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, 624 pp.

Desde que Bentham inventara el neologismo «*codification*», la palabra ha terminado por imponerse para designar el proceso por el cual el Derecho de tradición latino-germánica ha adquirido su forma de presentación actual: los códigos. La idea de que el rol central del código sería neutralizado por la fragmentariedad de una legislación descodificada no parece haber concitado consenso. Por el contrario, la aspiración a codificar como forma de unificación del Derecho a nivel supraestatal indica su subsistencia, como lo demuestran los trabajos para llegar a un código europeo de los contratos.

En este contexto, el nuevo libro del connotado romanista e historiador del derecho Alejandro Guzmán Brito, se nos revela como un trabajo particularmente valioso y oportuno. En sus páginas se recoge una de las facetas menos conocidas de la historia del proceso codificador en materia civil, cual es el que se llevó a cabo en las repúblicas americanas que se independizaron de las coronas de España y Portugal, desde que en 1816 el Haití independiente adoptara como derecho subsidiario el Código civil francés.

En un castellano claro y elegante, con un aparato bibliográfico que si no es exhaustivo, está a punto de serlo, y un estilo a la vez sobrio y ameno, Guzmán Brito nos presenta el desafío al que se enfrentaron las nuevas naciones que, junto con su independencia política, deseaban establecer los principios liberales de la época (unidad del sujeto del derecho, circulación de la riqueza inmobiliaria, libre contratación) y acoger los nuevos modos de expresión técnica de la legislación moderna, pero sin renunciar a la tradición del derecho común presente en ellas por tres siglos de historia. La respuesta que dan los estados americanos no es unívoca ni simultánea: se articula en diversos modos y tiempos en un período que el autor data en un siglo: desde 1816, año en que se decreta la vigencia subsidiaria del *Code* napoleónico en Haití, a 1916, año en que se sanciona el *Código civil brasileiro*.

Los esfuerzos codificadores adoptan diferentes rutas. La primera, por estar más a la mano, es la de adoptar íntegramente o adaptar con modificaciones menores el Código napoleónico. Es lo que sucede con el Código civil de la República de Haití (1822) y el del Estado mexicano de Oaxaca (1827-1829), que no son sino copias del francés. Entre los que prefieren adaptar el *Code*, está el Código civil boliviano de 1830, llamado Código Santa Cruz, por ser Andrés de Santa Cruz su principal impulsor y quien lo impondría en los Estados Sud y Nor-Peruanos de la Confederación Perú-Boliviana que él lideró. En esta tendencia encuentra sitio el caso curioso del Código civil venezolano de 1873, que se basó en el Código civil italiano de 1865, adaptación éste a su vez del *Code*. Por la singularidad del caso se le trata en capítulo aparte.

Una segunda dirección emprendida es la que se conecta con el Proyecto de Código civil español de Florencio García Goyena, que influyó especialmente en la codificación mexicana hasta 1928. El Código civil español de 1889 se mantuvo vigente en las repúblicas de Puerto Rico y Cuba, aun después de dejar de depender de España. Panamá y Honduras, por su parte, tomarían como referencia al Código español para elaborar su propio Código civil.

Un tercer derrotero es el que Guzmán identifica como «codificación endógena» y que es constituida por la etapa de madurez en la que surgen Códigos civiles americanos que, siendo ya obras sustancialmente originales, se constituyen en modelos para la codificación de otras naciones americanas. Es el momento entonces de referir el caso del Código civil del Chile (1855), elaborado por el eminente Andrés Bello, venezolano de nacimiento. La influencia que este Código tuvo en el proceso codificador americano es paragonable a la desplegada por el Código francés en el ámbito europeo. El Código chileno fue adoptado por Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Honduras, y por los estados colombianos de Cundinamarca (1859) y Santander (1853). Posteriormente, cuando Colombia abandona el régimen federal promulga como Código civil colombiano el de Santander (1873) que es en el fondo el chileno.

Junto al Código de Chile se incluye en la «codificación endógena» al Código civil de Perú de 1852. Este código influyó decisivamente en el Código de Guatemala de 1877, y en el Código del Estado colombiano de Magdalena (1857) (por error en el epígrafe del capítulo cuarto de la sexta parte se hace referencia al Código de Cundinamarca, que fue adopción del chileno y no del peruano).

Tal vez, en esta categoría hubiera podido entrar el Código civil argentino de Dalmasio Vélez Sársfield, ya que fue adoptado por Paraguay (1876) e influyó parcialmente (a través del proyecto de los libros I y II de Vélez) en el Código civil uruguayo (1869). No obstante, el autor prefiere localizarlo, junto con otros cuerpos codificados, en el capítulo que refiere a los textos «eclecticos» o que se forjaron bajo múltiples influencias.

Finalmente, y como caso especial, se describe el proceso de codificación en Brasil. La obra inicial de Augusto Teixeira de Freitas, con su *Consolidação das leis civis* y su *Esboço do Código civil*, a pesar de servir de fuente para varios codificadores americanos, no logró cristalizar en un Código civil brasileño, sino tardíamente, a través del proyecto de Clovis Beviláquea. Este proyecto finalmente se convertiría en el Código civil de Brasil de 1916, cerrando lo que Guzmán Brito denomina la época clásica de la codificación en Iberoamérica.

La situación posterior es objeto de un estudio más resumido en la última parte del libro, e incluye noticias del Código civil de Venezuela (en sus revisiones de 1922, 1942 y 1982), el Código civil de México de 1928, los Códigos civiles de Guatemala de 1933 y 1963, los Códigos civiles de Perú de 1836 y 1984, el Código civil de Bolivia de 1975, el Código civil de Paraguay de 1985 y el Código civil de Cuba de 1987.

En toda esta parte, el autor aprovecha literatura pertinente a cada proceso codificador, y es de suponer el esfuerzo que le habrá representado acceder a esa bibliografía proveniente de puntos geográficamente distantes. La comunidad iberoamericana se ve reflejada también en las numerosas notas en las que el autor deja constancia de su agradecimiento a profesores de distintas nacionalidades por haberle proporcionado materiales para su estudio. Pero no debe creerse que Guzmán Brito se ha detenido en la labor de extraer de esa bibliografía la información necesaria y luego exponerla con criterios sistematizadores originales —lo que ya de por sí sería altamente meritorio—; ha ido más allá de eso. No son pocos los puntos donde Guzmán aporta sus propias hipótesis sobre los hechos o tercia en polémicas que no tenían hasta ahora una respuesta definitiva, todo ello basado en el minucioso pero seguro método del cotejo de los diversos textos legales. Así llega a la conclusión de que el Proyecto que el jurista panameño Justo Arosemena redactara por encargo del Gobierno colombiano en 1853 tuvo su modelo, no en el Código civil peruano de 1852 como ha sido sostenido, sino en el Proyecto de Código civil del Perú de 1847 (p. 391). Del mismo modo, en la discusión sobre si la fuente del Código civil de Costa Rica de 1841 fue el Código boliviano de Santa Cruz o si se trató de un proyecto original del jurisconsulto Braulio Carrillo, Guzmán sostiene que el cotejo de textos demuestra irredargüiblemente que el texto del Código proviene del de Santa Cruz, pero no directamente sino a través de la versión de dicho Código que se promulgó para el Estado Nor-peruano en 1836 (p. 323).

Todo este enjundioso material va precedido en el libro de una síntesis admirable sobre el movimiento codificador en Europa, a partir de la crisis del Derecho común medieval y su crítica por el iluminismo ilustrado, la forma-

ción del llamado Derecho de Indias en la América española y el surgimiento de los derechos nacionales a partir de la independencia. Con este trasfondo, se detalla luego el modo en que se difundió en los nuevos estados americanos la idea de codificar. En este análisis resulta de especial interés observar cómo el repudio retórico al Derecho castellano-indiano, en cuanto legislación extranjera incompatible con la soberanía nacional, se concilia con su sobrevivencia como fuente principal del nuevo Derecho civil codificado. Guzmán Brito postula incluso que la cita y la utilización de modos de redacción extraídos del Código civil francés y otros códigos europeos no es suficiente para negar al Derecho castellano el rol de fuente principal de la nueva legislación americana. Señala que el *modus operandi* de los codificadores fue recurrir a los códigos europeos primero como catálogos de los tópicos que debía contener el cuerpo jurídico nacional, para luego confrontarlos con lo que establecía el derecho castellano-indiano, que ellos conocían muy bien; si había conformidad entre ambos muchas veces utilizaban la redacción del código modelo y lo citaban en notas como fuente, pero ello denota una influencia más bien formal del Código que no desmiente que el fondo de la materia estaba tomado del derecho castellano vigente. En caso de disconformidad, debían los codificadores decidir qué partido tomar y, aunque en ocasiones se decantaron por el modelo codificado (sobre todo en los temas vinculados al sistema político liberal que inspiraba el movimiento codificador), en la mayoría de los casos se inclinaron por mantener los criterios y reglas del derecho vigente, aunque adaptados a la técnica de redacción codificada. Guzmán Brito aduce como ejemplos la regulación de la transferencia de la propiedad (para la cual se mantuvo el esquema dual de título y modo), lo referido al matrimonio y la familia (materias en las que se conservó la preeminencia del derecho canónico), y las sucesiones.

La obra se cierra con varios catálogos de los códigos civiles y proyectos que han sido estudiados, y que superan el centenar. También se incluyen cuadros sinópticos que establecen las familias de códigos que puede construirse conforme a las influencias establecidas en el trabajo. Estos últimos cuadros son especialmente útiles para mantener la claridad en una intrincada red de conexiones que el autor maneja con maestría, pero que al lector pueden resultarle complejas de retener.

Estamos, pues, en presencia de un libro fundamental, en un doble sentido. Primero, porque será de obligada consulta para civilistas e historiadores del derecho; segundo, porque constituirá un cimiento sólido y seguro sobre el cual podrá continuarse la labor de conocer y apreciar el sistema jurídico iberoamericano

Hernán CORRAL TALCIANI

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor, letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.—III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—IV. *Derecho de la Unión Europea*.—V. *Derecho procesal*.—Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «Derechos sucesorios del adoptado en adopción menor plena con pacto sucesorio, conforme al texto del Código Civil subsiguiente a la reforma de 24 de abril de 1958. Eficacia del pacto sucesorio. Los derechos sucesorios se rigen por la legislación vigente en la fecha del fallecimiento del causante» (comentario a la STS de 27 de septiembre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 265 ss.

BONARDELL LENZANO, Rafael, y CABANAS TREJO, Ricardo: «La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 215 ss.

Análisis de la Instrucción de la DGRN, de 19 de octubre de 2000 (*BOE* de 9 de noviembre de 2000), sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, mediante la cual se regula de forma clara y precisa la utilización de este novedoso procedimiento por los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, y por la que se deroga la Instrucción de 26 de abril de 2000 sobre la misma materia.

CABANAS TREJO, Ricardo, y BONARDELL LENZANO, Rafael: «La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre

de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 215 ss.

Análisis de la Instrucción de la DGRN, de 19 de octubre de 2000 (*BOE* de 9 de noviembre de 2000), sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, mediante la cual se regula de forma clara y precisa la utilización de este novedoso procedimiento por los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, y por la que se deroga la Instrucción de 26 de abril de 2000 sobre la misma materia.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: «Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 7 ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Conceptos y dicotomías del *ius*», en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 9 ss.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 15 ss.

GARAU SOBRINO, Federico: «La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 2343 ss.

GETE ALONSO, M.^a del Carmen: «Condiciones generales de la contratación en el contrato de cuenta corriente. Acción declarativa de nulidad de cláusula: ejercicio abusivo, fraude de ley» (comentario a la STS de 21 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 683 ss.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?», en *DN*, núm. 129, 2001, pp. 16 ss.

HESPAÑHA, Antonio Manuel: «El estatuto jurídico de la mujer en el Derecho común clásico», en *RJE*, núm. 4, 2001, pp. 71 ss.

JANER TORRENS, Joan David: «El papel de los particulares en la constatación de conductas contrarias al Derecho comunitario», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 31 ss.

MERCADAL VIDAL, Francisco: «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación del Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el Juez español; remisión al ordenamiento español de los efectos de la nulidad de pleno derecho» (comentario a la STS de 2 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 87 ss.

MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J.: «La codificación del Derecho de las entidades de crédito», en *DN*, núm. 129, 2001, pp. 1 ss.

El autor analiza la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de establecimiento y servicios de las entidades de crédito, junto con la otra normativa y jurisprudencia comunitaria pertinente.

MOZOS, José Luis de los: «Codificación y recodificación: Reflexiones con motivo de la reforma del Código Civil peruano», en *RGLJ*, núm. 1, 2001, pp. 91 ss.

PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime, y SUÁREZ FERNÁNDEZ, Pedro: «La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas b2b», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 44 ss.

Estudio de los problemas que plantean las plataformas «b2b» desde la perspectiva de la libre competencia, tanto en el momento de su constitución como posteriormente en sus distintas actuaciones en el mercado. Igualmente se exponen distintas medidas que pueden adoptarse para impedir cualquier infracción de la normativa sobre defensa de la competencia.

PINILLOS LORENZANA, África Almudena: «Naturaleza jurídico mercantil de los billetes de curso legal», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 159 ss.

QUEL LÓPEZ, Francisco Javier: «Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 117 ss.

RUIZ ARCOS, M.^a Luisa: «El artículo 6 del Código Civil en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo», en *RJN*, núm. 29, 2000, pp. 157 ss.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Pedro, y PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime: «La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas b2b», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 44 ss.

Estudio de los problemas que plantean las plataformas «b2b» desde la perspectiva de la libre competencia, tanto en el momento de su constitución como posteriormente en sus distintas actuaciones en el mercado. Igualmente se exponen distintas medidas que pueden adoptarse para impedir cualquier infracción de la normativa sobre defensa de la competencia.

TAJADURA TEJADA, Javier: «Sobre los Preámbulos de las leyes», en *RJN*, núm. 29, 2000, pp. 173 ss.

DERECHO DE LA PERSONA

ABRIL CAMPOY, Joan Manuel: «El cómputo de los diez años de residencia para la adquisición de la vecindad civil», en *RJC*, núm. 3, 2001, pp. 799 ss.

ÁLVAREZ-CINFUEGOS SUÁREZ, José María: «La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución», en *La Ley*, 2001-I, D-19.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo: «Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo», en *RPJ*, núm. 60, 2001, pp. 257 ss.

ARTERO MOLINO, Isabel María: «El derecho a saber de los hijos adoptivos (contenido y límites)», en *RGD*, junio 2001, pp. 4967 ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal de presunto incapaz; limitación de la incapacitación a las actuaciones procesales por querulancia; sometimiento a curatela» (comentario a la STS de 16 de marzo de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 821 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Función del recurso de apelación. Plena competencia del tribunal *ad quem* para resolver sobre el fondo cuando este tribunal desestime la excepción procesal apreciada por la sentencia de primera instancia; el tribunal de apelación debe dictar sentencia sin reenvío de los autos al Juzgado de primera instancia para que dicte nueva sentencia. Excepción de inadecuación de procedimiento. Interpretación del testamento. Tutela judicial efectiva y obtención de una respuesta favorable a los intereses del justiciable» (comentario a la STS de 30 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 593 ss.
- CASTRO VITORES, Germán de: «La consideración jurídica del ser humano en formación: notas acerca de la normativa sobre técnicas de reproducción asistida», en *RGLJ*, núm. 1, 2001, pp. 7 ss.
- CHIMENO CANO, Marta: «El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del art. 255 del Código de familia y la ley 1/2000 de enjuiciamiento civil», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 321 ss.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la doctrina de la DGRN sobre el estado civil durante el año 2000», en *Actualidad Civil*, núm. 27, 2001, pp. 961 ss.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando: «La legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional», en *RJC*, núm. 3, 2001, pp. 741 ss.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio: «La personalidad y sus derechos», en *La Ley*, 2001-1, D-19.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Expediente sobre autorización de matrimonio civil. Transexualidad» (comentario a la RDGRN de 8 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 707 ss.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «La tutela respecto de la tercera edad», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 2001, p. 1025 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 2001, pp. 1143 ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «El proceso de incapacitación», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2001, pp. 1475 ss.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor, y LUCAS BIZARRO, Rosa M.: «La STC 141/2000 o el dret fonamental a la llibertat religiosa en el marc de les relacions entre pares i fills en un procés de separació», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 445 ss.

LUCAS BIZARRO, Rosa M., y LÓPEZ BOFILL, Héctor: «La STC 141/2000 o el dret fonamental a la llibertat religiosa en el marc de les relacions entre pares i fills en un procés de separació», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 445 ss.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Ámbito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2001, pp. 1239 ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)», en *Actualidad Civil*, núm. 22, pp. 1087 ss.

MOROTE SARRIÓN, Juan: «Una reinterpretación a la noción de persona a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 107 ss.

NABAL RECIO, Antonio: «Régimen procesal de los derechos fundamentales: la vía judicial», en *RPJ*, núm. 61, 2001, pp. 305 ss.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: «El Convenio Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *RGD*, mayo 2001, pp. 3357 ss.

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 71 ss.

SÖDERMAN, Jacob: «El derecho fundamental a la buena administración», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 8 ss.

Uno de los aspectos más innovadores de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000, es la consagración del derecho a la buena administración en su artículo 41. Esta norma reconoce el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión Europea traten sus asuntos imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Una revisión de la Teoría de los derechos fundamentales», en *RJE*, núm. 4, 2001, pp. 105 ss.

SOUTO PAZ, José Antonio: «Comentario a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *RPJ*, núm. 61, 2001, pp. 63 ss.

TERRÁDEZ SALOM, Daría: «La protección frente a los tratos degradantes y a la exclusión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 123 ss.

TORRELLES TORREA, Esther: «La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2001, pp. 1199 ss.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Las donaciones de órganos en el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre», en *Actualidad Civil*, núm. 24, 2001, pp. 849 ss.

PERSONA JURÍDICA

- DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: «Competencia desleal: actos de imitación y revelación de información. Legitimación pasiva de la persona jurídica y los miembros de ésta» (comentario a la STS de 18 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 343 ss.
- ELÍAS OSTÚA, Ramón de: «La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 33 ss.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, y PINO ABAD, Manuel: «La relevante causa negocial de la sociedad», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 7 ss.
- LAMBEEA RUEDA, Ana: «Cooperativa de Trabajo Asociado. Impugnación de acuerdos de Asamblea General de la Cooperativa: nulidad por privación de los derechos de asistencia y voto a socios expulsados por el Consejo Rector (expulsión no ejecutiva), suspendidos cautelarmente de empleo. Función autorreguladora de la Cooperativa en materia sancionadora: relación de los Estatutos con la norma legal. Interpretación restrictiva de normas sancionadoras limitativas de derechos» (comentario a la STS de 28 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 557 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «Notas sobre las fundaciones de interés gallego», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2001, pp. 1375 ss.
- PINO ABAD, Manuel, y FONT GALÁN, Juan Ignacio: «La relevante causa negocial de la sociedad», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 7 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: «Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 721 ss.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier: «La admisibilidad de la cláusula de reversión en las fundaciones», en *La Ley*, 2001-2, D-49.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, FRANCISCO: «La profesionalización de los cargos directivos en la nueva Ley de cooperativas», en *RGD*, mayo 2001, pp. 3357 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «La limitación legal al tipo de interés exigible en las situaciones de descubiertos en cuenta corriente (Reflexiones acerca de la aplicabilidad del art. 19.4 de la Ley 7/1995 a propósito de la SAP de Navarra de 7 de febrero de 2000)», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 267 ss.
- «Sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana por la que se declaran nulos los intereses superiores al límite legal cobrados en los préstamos bancarios», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 171 ss.
- ALBURQUERQUE LLORENS, Carlos: «Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 119 ss.

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1021 ss.

ALONSO SOTO, Ricardo: «Responsabilidad civil y seguro», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 193 ss.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Titularidad del Estado de los depósitos abandonados en Cajas de Ahorro y sin movimientos en los últimos veinte años», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 187 ss.

AMESTI MENDIZÁBAL, Christi: «La obligación de los auditores de facilitar información al ICAC y al deber de secreto», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 227 ss.

APARICIO GRAU, Jaime: «Algunas consideraciones jurisprudenciales en torno a los arrendamientos rústicos históricos valencianos», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 647 ss.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Cesión de créditos. Pacto que exige el consentimiento del deudor para la cesión. Validez del pacto y validez de la cesión» (comentario a la STS de 10 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 317 ss.

— «Solidaridad pasiva; *pactum de non petendo*; remisión total y parcial de la deuda hecha a uno de los deudores; acción de regreso. Pago parcial de la obligación y relaciones internas en la solidaridad pasiva» (comentario a la STS de 21 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 699 ss.

ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Acerca de la conveniencia de que la Administración responda objetivamente de los daños derivados del funcionamiento normal de los servicios públicos. Especial referencia al servicio público educativo», en *RDP*, abril 2001, pp. 317 ss.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Obligación de alimentos de origen convencional y legal. Contratos innominados. Diferencia entre contratos aleatorios y conmutativos. Vitalicio. Concurrencia de una obligación de alimentos de tipo legal con otra de naturaleza convencional» (comentario a la STS de 18 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 745 ss.

— «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, p. 777 ss.

El «protocolo familiar» es un mecanismo o instrumento jurídico característico de las empresas familiares que, dicho de la forma más amplia posible, es un contrato que sirve para establecer las bases y los principios de las relaciones entre la familia y la empresa familiar. El trabajo, tras analizar su concepto y naturaleza jurídica, examina su incidencia en las relaciones familiares, en el régimen económico matrimonial de los miembros de la familia, en la herencia de las personas que forman parte de la empresa familiar y en las sociedades que forman parte de dicha empresa.

- BOLDÓ RODA, Carmen: «Algunas notas acerca de la responsabilidad de las agencias de viajes», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 749 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 1939 ss.
- CABALLERO LOZANO, José M.^a: «La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles», en *La Ley*, 2001-2, D-42.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de ordenación de la edificación», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 363 ss.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Contrato de *factoring* y contrato de descuento (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001, A.C. 526/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 29, 2001, pp. 1051 ss.
- CASTILLO CALVIN, José Miguel: «Repertorio de consideraciones sobre responsabilidad civil médica y hospitalaria», en *La Ley*, 2001-2, D-51.
- CERVERA GARCÍA, Juan Luis: «¿Es aplicable el convenio de Bruselas cuando el demandante está domiciliado en un Estado no contratante y en materia de reaseguros?», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 1869 ss.
- «Apreciación de oficio del carácter abusivo de una cláusula de sumisión expresa», en *RGD*, mayo 2001, pp. 3373 ss.
- CILVETI GUBÍA, M.^a Belén: «Diferencias del *leasing* y del *lease-back* o *retro-leasing* con el contrato de préstamo simple o mutuo. Simulación relativa: se aparentan varios negocios combinados (venta de bien inmueble que posteriormente se arrienda al vendedor, y opción de compra a favor de éste), pero el verdadero contrato querido por las partes es un préstamo de dinero y una venta en garantía. La creación de una garantía atípica no puede servir para eludir la prohibición del pacto comisorio. La nulidad del pacto comisorio afecta a todo el negocio complejo» (comentario a la STS de 16 de mayo de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 67 ss.
- COHNEN, Sebastián: «El contrato de *leasing*. Aspectos de su calificación jurídica», en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 109 ss.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana M.^a: «Enriquecimiento sin causa: realización de obras de transformación en un buque encargadas por la compradora del mismo; resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio y devolución del buque a la vendedora, con las obras de transformación; enriquecimiento injustificado de la vendedora» (comentario a la STS de 12 de julio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 199 ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Efectos de la acción pauliana», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1443 ss.
- CRUZ, Manuel: «Los filósofos y la responsabilidad moral», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 15 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «La resolución del contrato de viaje combinado», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 39 ss.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 153 ss.
- EACHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Legitimación *ad causam*: falta de legitimación activa de seis comuneros aislados para el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria» (comentario a la STS de 18 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 511 ss.
- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «La fianza arrendaticia: consecuencias legales del incumplimiento», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 759 ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 2011 ss.
- FÍNEZ, José Manuel: «Prenda de acciones no cotizables. Ejecución extrajudicial de la garantía. Formalidades requeridas para la subasta judicial prevista en el artículo 1872-1 CC. Integración analógica de la norma. Consecuencias derivadas de la infracción» (comentario a la STS de 21 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 539 ss.
- FONT I SEGURA, Albert: «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 259 ss.
- FURGIUELE, Giovanni: «Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas», en *RDP*, febrero 2001, pp. 141 ss.
- GALINDO, Fernando: «Firma electrónica, notarios y registradores», en *La Ley*, 2001-2, D-40.
- «Sobre la autorregulación del comercio electrónico», en *La Ley*, 2001-2, D-48.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Donaciones imputables a la legítima y donaciones colacionables (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001, A.C. 562/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2001, pp. 1511 ss.
- GARCÍA CONESA, Antonio: «Comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 345 ss.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen : «Contrato de leasing financiero mobiliario: falta de entrega jurídica del objeto como causa de nulidad del contrato por falta de objeto. Interpretación de las cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad de la entidad de leasing y subrogación del arrendatario financiero en las acciones de la entidad de leasing frente al proveedor de los bienes. Litisconsorcio pasivo necesario: inexistencia» (comentario a la STS de 25 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 779 ss.

- GARCÍA MAS, Francisco Javier, y MARTÍN VIDAL, José Alberto: «Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 649 ss.
- GACÍA RUBIO, María Paz: «Las condiciones generales en la contratación electrónica», en *La Ley*, 2001-1, D-15.
- GARCÍA VARELA, Román: «La responsabilidad del arquitecto por el control de las medidas de seguridad en el proceso constructivo», en *La Ley*, 2001-2, D-66.
- GARCÍA VILLAVARDE, Rafael: «Quiebra y contrato de factoring», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 11 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Las garantías contractuales como protección frente a los defectos de producto», en *DN*, núm. 132, 2001, pp. 1 ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional 18/2000, de 29 de junio: la inconstitucionalidad del baremo del automóvil», en *La Ley*, 2001-1, D-27.
- GETE ALONSO, M.^a del Carmen: «Condiciones generales de la contratación en el contrato de cuenta corriente. Acción declarativa de nulidad de cláusula: ejercicio abusivo, fraude de ley» (comentario a la STS de 21 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 683 ss.
- GÓMEZ PERALS, Miguel: «Efecto 2000: Enseñanzas de una falsa alarma desde el Derecho civil patrimonial de la contratación», en *RGLJ*, núm. 6, 2000, pp. 727 ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín: «Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XII-XVIII)», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 249 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica algunos conceptos relativos a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el ámbito hospitalario (Directiva 85/374/CEE): la sentencia *Veedefald*», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 105 ss.
- El TJCE declaró, en la sentencia «*Veedefald*», que la Directiva 85/374/CEE se aplica a un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios. Esta interpretación parece coincidir con la orientación adoptada por la Comisión al redactar su propuesta para modificar la Directiva 92/59/CEE, relativa a la seguridad de los productos, en especial por lo que se refiere a una nueva definición de producto que incluiría los productos relacionados con los servicios.
- HEREDERO HIGUERAS, Manuel: «El comercio electrónico. Su incidencia en la contratación de bienes y servicios», en *RJN*, núm. 29, 2000, pp. 87 ss.
- JIMÉNEZ CLAR, Antonio J.: «El sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 19 ss.

JIMÉNEZ DÍAZ, Santiago: «Los artículos 623 y 629 del Código Civil. Nueva propuesta de interpretación», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1639 ss.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: «Privilegio de los créditos refaccionarios: concepto de crédito refaccionario. Extensión objetiva del privilegio: crédito por el precio de venta de la maquinaria destinada permanentemente a la explotación; no afectación del inmueble donde se ubica» (comentario a la STS de 21 de julio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 249 ss.

JIMÉNEZ SANTIAGO, Pilar: «Compraventa de habitación de hotel facultando al vendedor para sustituir la habitación vendida por un paquete de acciones de la empresa propietaria. Novación objetiva; novación subjetiva pasiva. Compraventa de cosa ajena: validez; obligaciones del vendedor. Mandato: vinculación por ratificación expresa del mandante» (comentario a la STS de 7 de febrero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 799 ss.

LA CASA GARCÍA, Rafael: «Las exclusiones personales de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil», en *DN*, núm. 133, 2001, pp. 1 ss.

El estudio versa sobre la extensión personal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil desde la perspectiva del análisis de la naturaleza de las cláusulas que excluyen de la cualidad de terceros perjudicados a determinados sujetos. Un examen detenido de la práctica aseguradora muestra que, con relativa frecuencia, las condiciones generales o particulares de la referida modalidad de seguro precisan que carecen del carácter de víctimas ciertas personas, generalmente socios, empleados o familiares del mismo asegurado.

LETE ACHIRICA, Javier: «Aproximación crítica a la normativa de ventas en Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 29, 2001, pp. 1033 ss.

LÓPEZ CABANA, Roberto M.: «Derecho iberoamericano del consumidor», en *RDP*, abril 2001, pp. 265 ss.

LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «El crédito preferente del hotelero», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1137 ss.

LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos: «La regulación jurídica internacional del transporte multimodal», en *DN*, núm. 132, 2001, pp. 31 ss.

MADRID PARRA, Agustín: «Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para las firmas electrónicas», en *DN*, núm. 128, 2001, pp. 1 ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos y denominaciones sociales: marca, nombre comercial y denominación de la sociedad. Reivindicación del derecho sobre la marca y el nombre comercial frente al registro indebidamente obtenido por parte del agente o representante del legítimo titular de aquéllos. Contrato de agencia en virtud del cual el agente o representante puede hacer uso de la marca no registrada, pero que no implica necesariamente la autorización del legítimo titular para que el agente registre la marca y el nombre comercial en su propio nombre, y no en el de su representado. Doctrina de los actos propios: constitución de una sociedad anónima con una denominación social basada en la marca y nombre comercial de un tercero, con el conocimiento y consenti-

- miento de este último» (comentario a la STS de 25 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 361 ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel, y SOLÉ FELIÚ, Josep: «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)», en *La Ley*, 2001-2, D-45.
- MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «Esencialidad y excusabilidad del error. La concurrencia de varias acciones en los casos de error, vicios ocultos e incumplimiento. El tratamiento de los defectos procesales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentario a una Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001», en *RDP*, abril 2001, pp. 342 ss.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 273 ss.
- MARTÍN VIDAL, José Alberto, y GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 649 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo», en *RJN*, núm. 30, 2000, pp. 47 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Nulidad de subasta notarial para la venta de acciones de sociedad anónima», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 209 ss.
- MARTÍNEZ HENS, Helena: «Las mejoras en el arrendamiento rústico», en *RDP*, enero 2001, pp. 3 ss.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel: «La contratación internacional», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1501 ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación del Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el Juez español; remisión al ordenamiento español de los efectos de la nulidad de pleno derecho» (comentario a la STS de 2 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 87 ss.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores: «Anotación preventiva de créditos refaccionarios», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 623 ss.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «El contrato vitalicio», en *Actualidad Civil*, núm. 23, 2001, p. 831 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: «Presupuesto de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 57 ss.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000)», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 673 ss.

- MORÁN GARCÍA, Manuel E.: «El impacto de la Unión Económica y Monetaria sobre los contratos financieros internacionales», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 75 ss.
- MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: «Nulidad de hipoteca mobiliaria. Extensión legal de la hipoteca inmobiliaria ex artículo 111. Extensión convencional. Autonomía de hipoteca mobiliaria sobre muebles colocados en el inmueble previamente hipotecado. Naturaleza mueble o inmueble de los bienes sobre los que se constituye la hipoteca mobiliaria» (comentario a la STS de 14 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 635 ss.
- MUÑOZ ESPADA, Esther: «Naturaleza jurídica del llamado contrato para persona a designar», en *RGLJ*, núm. 1, 2001, pp. 117 ss.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Notas sobre la transmisión de una obra de arte», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1247 ss.
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «Pluralidad de acreedores en el proceso de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 11 ss.
- PANTALEÓN, Fernando: «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 167 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Interpretación de los contratos. Contrato de seguro de vida de grupo. Condiciones generales de la póliza y designación de beneficiario en certificado individual por el asegurado. Posibilidad de incluir al cónyuge en una designación en la que se determina que los beneficiarios sean los “herederos legales”» (comentario a la STS de 20 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 669 ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Contrato de compraventa. Perfección. Señalamiento del precio por persona determinada (art. 1447 CC). Cláusula estatutaria que establece el derecho preferente de adquisición de acciones, cuyo precio, de no haber acuerdo, lo fijarán tres arbitradores» (comentario a la STS de 29 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 577 ss.
- PETIT LAVALL, M.^a Victoria: «El *overbooking* o sobreventa en el transporte aéreo de pasajeros», en *DN*, núm. 130-131, 2001, pp. 1 ss.
- PINO ABAD, Manuel: «La protección jurídica del comprador en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles», en *La Ley*, 2001-1, D-16.
- PIÑOLETA ALONSO, Luis Manuel: «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 137 ss.
- PLAZA PENADES, Javier: «La responsabilidad civil en Internet (su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español)», en *La Ley*, 2001-3, D-93.

- PRADA ALONSO, Javier: «Configuración técnico-jurídica de la criptografía asimétrica y firma electrónica: Prueba y perfección del contrato», en *RGD*, junio 2001, pp. 4939 ss.
- RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Sobre el desahucio, retracto y otros procesos de arrendamientos», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 2001, p. 999 ss.
- REBOLLO GONZÁLEZ, Juan Carlos: «Daños y responsabilidad en los deportes de riesgo», en *RPJ*, núm. 61, 2001, pp. 445 ss.
- REPRESA POLO, M.^a Patricia: «Acción de nulidad de un contrato por falta de causa que comporta simulación y fraude de acreedores exige, cuando es ejercitada por éstos, que se acredite que los deudores carecen de otros bienes sobre los que hacer efectivos sus créditos» (comentario a la STS de 3 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, p. 305 ss.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Responsabilidad de los patronos de una fundación frente a terceros», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 721 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «La responsabilidad de las entidades financieras por errores en la aportación de datos a los registros de morosos», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 103 ss.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso: «La protección del consumidor en la Constitución española de 1978. Notas para un debate», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 1789 ss.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, Alberto: «Cajas de seguridad en hoteles», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 701 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «*Punitive damages*», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 139 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Ley de ordenación de la edificación versus art. 1591 Código Civil», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 1773 ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Prescripción y caducidad en supuestos especiales de responsabilidad civil. Las diferencias entre caducidad y prescripción en la doctrina de la extinción de los derechos subjetivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 28 septiembre de 1998», en *RDP*, marzo 2001, pp. 249 ss.
- «Responsabilidad civil. La culpa exclusiva del perjudicado en los supuestos de accidentes ocurridos en festejos taurinos o de enfermedades derivadas del consumo de tabaco», en *RPJ*, núm. 60, 2001, pp. 291 ss.
- SÁNCHEZ-FERRERO Y GARCÍA, Martín: «Las obligaciones ambulatorias o *propter rem* en el régimen de propiedad horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2001, pp. 679 ss.
- SANZ ENCINAR, Abraham: «El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho», en *AFDUAM*, núm. 4, 2001, pp. 27 ss.
- SANZ VIOLA, Ana M.^a: «Contratación electrónica», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2001, pp. 645 ss.

SERRANO CAÑAS, José Manuel: «Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia», en *DN*, núm. 130-131, 2001, pp. 17 ss.

SEUBA TORREBLANCA, Joan C.: «Responsabilidad civil médica. Consentimiento informado: causalidad; carga de la prueba; riesgos típicos y riesgos previsibles; cuantía indemnizatoria» (comentario a la STS de 12 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 719 ss.

SOLÉ FELIÚ, Josep, y MARTÍN CASALS, Miquel: «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (*wrongful conception*)», en *La Ley*, 2001-2, D-45.

SOTO NIETO, Francisco: «La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes», en *La Ley*, 2001-3, D-94.

TALMA CHARLES, Javier: «Consideraciones sobre los fundamentos de nuestro vigente sistema de privilegios crediticios (Con especial referencia a los denominados *superprivilegios*)», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 71 ss.

TAPIA HERMIDA, Antonio: «Cuestiones fundamentales en materia de créditos documentarios», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 57 ss.

TORREJÓN PUCHOL, Jesús Emilio: «El *leasing* mobiliario en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *La Ley*, 2001-2, D-77.

VAQUER ALOY, Antoni: «Requisitos para la anulabilidad del contrato por causa de dolo; prima de opción y precio justo en la rescisión por lesión *ultra dimidium*» (comentario a la STS de 13 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 621 ss.

VEIGA COPO, Abel B.: «Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 33 ss.

YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «Reseña sobre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el baremo de la Ley del Automóvil», en *RGD*, mayo 2001, pp. 3369 ss.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: Algunas preguntas para el debate», en *RGLJ*, núm. 6, 2000, pp. 801 ss.

ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Avales limitado», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 171 ss.

ZURITA MARTÍN, Isabel: «Contratos vitalicios: forma y simulación», en *Actuacidad Civil*, núm. 26, 2001, pp. 909 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALCÁZAR MOLINA, Manuel G.: «Catastro, notaría y Registro de la Propiedad: Tres instituciones que se complementan y necesitan», en *RDU*, núm. 185, 2001, pp. 19 ss.

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento

- Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1021 ss.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de: «Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 2001, pp. 1397 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Titularidad del Estado de los depósitos abandonados en Cajas de Ahorro y sin movimientos en los últimos veinte años», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 187 ss.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «El derecho de vuelo en nuestro Ordenamiento (Consideraciones a propósito de unas recientes resoluciones)», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 681 ss.
- ARNAIZ EGUREN, Rafael: «Una reflexión personal sobre la función notarial en el tráfico sobre inmuebles. Su relación con las distintas modalidades de organización de la seguridad preventiva», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1587 ss.
- ARNAIZ RAMOS, Rafael: «La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de los titulares registrales posteriores a ella», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1555 ss.
- BERCOVITZ, Alberto: «Marcas y derecho de autor», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 405 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho de autor: Obra colectiva; eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual; indemnización de daños y perjuicios por desconocimiento de la autoría sobre un proyecto de investigación de Universidad: daño moral» (comentario a la STS de 11 de julio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 187 ss.
- BONARDELL LENZANO, Rafael, y CABANAS TREJO, Ricardo: «La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 215 ss.
- Análisis de la Instrucción de la DGRN, de 19 de octubre de 2000 (*BOE* de 9 de noviembre de 2000), sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, mediante la cual se regula de forma clara y precisa la utilización de este novedoso procedimiento por los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, y por la que se deroga la Instrucción de 26 de abril de 2000 sobre la misma materia.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 1939 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo, y BONARDELL LENZANO, Rafael: «La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 215 ss.

Análisis de la Instrucción de la DGRN, de 19 de octubre de 2000 (*BOE* de 9 de noviembre de 2000), sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, mediante la cual se regula de forma clara y precisa la utilización de este novedoso procedimiento por los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, y por la que se deroga la Instrucción de 26 de abril de 2000 sobre la misma materia.

CAÑIZARES LASO, Ana: «Acción reivindicatoria y usucapión. Comentario a la STS de 25 enero 2000 (RJ 2000, 349)», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 367 ss.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: «Registros públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1952 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 1903 ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La apariencia o no apariencia de la siempre continua servidumbre de acueducto en cuanto a su usucapión como servidumbre voluntaria», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 159 ss.

CORRAL GIJÓN, María del Carmen: «Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2.ª: Efectos patrimoniales)», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 559 ss.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Las relaciones entre prescripción y usucapión en el Derecho navarro», en *RJN*, núm. 29, 2000, pp. 9 ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, por la que se anulan diversos artículos del Reglamento Hipotecario», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1185 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Caducidad y prórroga de las anotaciones preventivas en el nuevo artículo 86 de la LH (A propósito de la Instrucción de la DGRN de 12 diciembre 2000)», en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2001, pp. 697 ss.

ECHEVERRÍA SUMMERS, Francisco M.: «Legitimación *ad causam*: falta de legitimación activa de seis comuneros aislados para el ejercicio de la acción de nulidad de un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria» (comentario a la STS de 18 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 511 ss.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 963 ss.

FERRANDO NICOLAU, Esperanza: «La cosa futura como objeto del derecho real», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 37 ss.

FÍNEZ, José Manuel: «Prenda de acciones no cotizables. Ejecución extrajudicial de la garantía. Formalidades requeridas para la subasta judicial prevista en el artículo 1872-1 CC. Integración analógica de la norma. Consecuencias derivadas de la infracción» (comentario a la STS de 21 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 539 ss.

- GALINDO, Fernando: «Firma electrónica, notarios y registradores», en *La Ley*, 2001-2, D-40.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación», en *Actualidad Civil*, núm. 377, 2001, pp. 1 ss.
- GÓMEZ LANZ, Javier: «La doble transposición del art. 7 de la Directiva del Consejo 91/250, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador», en *RGLJ*, núm. 1, 2001, pp. 29 ss.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela: «El artículo 503 del Código Civil como posible excepción al principio *salva rerum substantia* en la regulación del usufructo», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1473 ss.
- GUTIÉRREZ ZARZA, María de los Ángeles: «Tercería de domino ante las jurisdicciones civil y laboral. Incompatibilidad entre ambas. Resolución de la tercería laboral con carácter previo y valor meramente prejudicial, sin perjuicio de la decisión de la jurisdicción civil sobre la propiedad de los bienes trabajados» (comentario a la STS de 20 de abril de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 57 ss.
- IGLESIA MONJE, Isabel de la: «A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 1835 ss.
- LACRUZ, Miguel L.: «Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet», en *RGLJ*, núm. 1, 2001, pp. 65 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000», en *RDU*, núm. 186, 2001, pp. 61 ss.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «La protección de las creaciones de forma», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 543
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Urbanización privada. Impugnación del acuerdo de la Comunidad de Propietarios relativo a la designación de Junta de Gobierno por haberse computado los votos correspondientes a la titularidad de parcelas exteriores al ámbito territorial de la Comunidad, aunque estuvieran ubicadas en una banda de ampliación del suelo urbano delimitada por las Normas Subsidiarias de Planeamiento: se solicita declaración de que la Junta de Gobierno válidamente elegida es la que obtuvo la mayoría sin contabilizar los votos cuestionados. Falta de legitimación pasiva del propietario de las parcelas que confieren los votos objeto de litigio. Costas procesales» (comentario a la STS de 14 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 451 ss.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «La usucapión *secundum tabulas*. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 461 ss.
- MANZANO SOLANO, Antonio: «La publicidad registral en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 2047 ss.

- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos y denominaciones sociales: marca, nombre comercial y denominación de la sociedad. Reivindicación del derecho sobre la marca y el nombre comercial frente al registro indebidamente obtenido por parte del agente o representante del legítimo titular de aquéllos. Contrato de agencia en virtud del cual el agente o representante puede hacer uso de la marca no registrada, pero que no implica necesariamente la autorización del legítimo titular para que el agente registre la marca y el nombre comercial en su propio nombre, y no en el de su representado. Doctrina de los actos propios: constitución de una sociedad anónima con una denominación social basada en la marca y nombre comercial de un tercero, con el conocimiento y consentimiento de este último» (comentario a la STS de 25 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 361 ss.
- MARTÍN PASTOR, José: Apuntes sobre la tutela cautelar registral en los sistemas de patentes y marcas», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 67 ss.
- MARTÍN VIDAL, José Alberto, y GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Breves comentarios a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 649 ss.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «La inducción a error en la marca como consecuencia de su consolidación en el mercado», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 231 ss.
- MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores: «Anotación preventiva de créditos refaccionarios», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 623 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a: «Usucapción ordinaria *pro herede*. Justo título. Acción de petición de herencia y usucapción. Comentario a la STS de 22 febrero 2000 (RJ 2000, 808)», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 349 ss.
- MONTERRAT VALERO, Antonio: «Acción declarativa de dominio de bienes desamortizados: pérdida del dominio por la Iglesia demandante y adquisición *ex lege* por el Ayuntamiento reconviniendo. Doble inmatriculación: prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil» (comentario a la STS de 18 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 655 ss.
- MORABELL GUERIN, Luis M.^a: «La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-6.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La usucapción», en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 207 ss.
- MORO ALMARAZ, M.^a Jesús: «Nulidad de hipoteca mobiliaria. Extensión legal de la hipoteca inmobiliaria ex artículo 111. Extensión convencional. Autonomía de hipoteca mobiliaria sobre muebles colocados en el inmueble previamente hipotecado. Naturaleza mueble o inmueble de los bienes sobre los que se constituye la hipoteca mobiliaria» (comentario a la STS de 14 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 635 ss.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Notas sobre la transmisión de una obra de arte», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1247 ss.

NAVAS NAVARRO, Susana: «*Merchandising* y propiedad intelectual», en *RGLJ*, núm. 5, 2000, pp. 661 ss.

PLAZA PENADÉS, Javier: «Eficacia de la firma electrónica en los Registros de la Propiedad y Mercantil», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 2005 ss.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «El Fondo de Reserva en la Ley de Propiedad Horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 38, 2001, pp. 1343 ss.

RODRÍGUEZ BRAUN, Carlos: «Sir Arnold Plant contra las patentes y los derechos de autor», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 66 ss.

El economista inglés Arnold Plant criticó las patentes y los derechos de autor en los años treinta, argumentando que no equivalen realmente a derechos de propiedad, sino a una privilegiada extensión de los mismos; que no derivan de la escasez, sino que crean, mediante la legislación, una escasez artificial; que no impide, sino que facilita, una elevación de precios e ingresos. Responde a los argumentos habitualmente esgrimidos a favor de las patentes y el «copyright» y sostiene que la retribución de la creación científica e intelectual, derecho que él no niega, podría tener lugar de modo más eficiente y justo en un marco de libre competencia.

ROGEL VIDE, Carlos: «Internet y propiedad intelectual. Problemas mal resueltos o sin resolver en el Derecho comunitario al respecto», en *RGLJ*, núm. 6, 2000, pp. 781 ss.

SÁNCHEZ-FERRERO Y GARCÍA, Martín: «Las obligaciones ambulatorias o *propter rem* en el régimen de propiedad horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 18, 2001, pp. 679 ss.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2001, pp. 1109 ss.

El trabajo analiza las repercusiones que, sobre la tradicional figura de los derechos de autor, tiene el programa de software denominado «Napster», que permite la búsqueda, a través de Internet, de cualquier archivo en formato MP3 que se encuentre localizado en los discos duros de los ordenadores de los usuarios. Se trata de un mecanismo que permite a los usuarios localizar cualquier MP3, entre todos los que estén en ese preciso momento utilizando el programa, para lo cual basta con introducir el nombre del artista y/o canción que se pretende buscar y, una vez que se encuentra el fichero, «Napster» pone en contacto directamente el ordenador del usuario y el de aquel que en sus carpetas contiene el fichero, iniciándose la descarga del mismo. De este modo, el programa comienza a poner en peligro las ventas de música en los soportes tradicionales, amenazando los correspondientes derechos de propiedad intelectual mediante esta posibilidad de intercambios anónimos, instantáneos, gratuitos y sin restricciones.

SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1263 ss.

TRIGO GARCÍA, Belén: «Las comunidades de bienes en el Derecho Gallego. Bienes en mano común: normas administrativas y vinculación con la Casa. La competencia del legislador gallego en materia de comunidad

de aguas y conexión registral», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 2001, pp. 1057 ss.

VEIGA COPO, Abel B.: «Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 33 ss.

DERECHO DE FAMILIA

ALONSO HEREROS, Diego: «A propósito de los registros de uniones civiles de hecho», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 1835 ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Solicitud de reconocimiento parcial de sentencia extranjera de divorcio. Reconocimiento limitado a la condena al pago de alimentos» (comentario a la STS de 21 de julio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 233 ss.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Obligación de alimentos de origen convencional y legal. Contratos innominados. Diferencia entre contratos aleatorios y conmutativos. Vitalicio. Concurrencia de una obligación de alimentos de tipo legal con otra de naturaleza convencional» (comentario a la STS de 18 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 745 ss.

— «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, pp. 777 ss.

El «protocolo familiar» es un mecanismo o instrumento jurídico característico de las empresas familiares que, dicho de la forma más amplia posible, es un contrato que sirve para establecer las bases y los principios de las relaciones entre la familia y la empresa familiar. El trabajo, tras analizar su concepto y naturaleza jurídica, examina su incidencia en las relaciones familiares, en el régimen económico matrimonial de los miembros de la familia, en la herencia de las personas que forman parte de la empresa familiar y en las sociedades que forman parte de dicha empresa.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «Derechos sucesorios del adoptado en adopción menor plena con pacto sucesorio, conforme al texto del Código Civil subsiguiente a la reforma de 24 de abril de 1958. Eficacia del pacto sucesorio. Los derechos sucesorios se rigen por la legislación vigente en la fecha del fallecimiento del causante» (comentario a la STS de 27 de septiembre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 265 ss.

BENEYTO BERENGUER, Remigio: «El régimen de visitas: restricción a causa de las creencias del padre», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 1959 ss.

CALVO MEIJIDE, Alberto: «Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar: Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2001, pp. 1261 ss.

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «El impago de pensiones alimenticias. La creación de un fondo de garantía como solución al problema», en *RDP*, marzo 2001, pp. 229 ss.

- CERDÁ GIMENO, José: «Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (De nuevo sobre “Parejas no casadas”) (I y II)», en *RDP*, febrero 2001, pp. 91 ss. y marzo 2001, pp. 169 ss.
- CORDERO CUTILLAS, Iciar: «Criterio jurisprudencial en torno al plazo de caducidad del artículo 136 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2001, pp. 1389 ss.
- CORRAL GIJÓN, María del Carmen: «Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (Parte 2.ª: Efectos patrimoniales)», en *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 559 ss.
- CORTADA CORTIJO, Neus: «Anotación de embargo. Derecho de uso de la vivienda familiar. Mala fe del adquirente de ésta en subasta judicial» (comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 609 ss.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Expediente sobre autorización de matrimonio civil. Transexualidad» (comentario a la RDGRN de 8 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 707 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, María Ángeles: «El derecho y el deber de alimentos de las personas mayores», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 2001, pp. 1447 ss.
- FERRER VANRELL, María Pilar: «La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSJB)», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1079 ss.
- DURÁN AYAGO, Antonia: «La filiación adoptiva en el ámbito internacional», en *La Ley*, 2001-2, D-71.
- GARCÍA GARCÍA, Ricardo: «El reciente derecho transexual a contraer matrimonio. (Comentario de la Sentencia de 21 de setiembre de 1999 del Juzgado de primera Instancia núm. 7 de Lleida y del Auto de 12 de enero de 2000 del Juzgado de Primera Instancia de Melilla)», en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 9 ss., en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 227 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «La ganancialidad de un premio de la lotería primitiva», en *La Ley*, 2001-1, D-32.
- GARCÍA VICENTE, José-Ramón: «Reclamación de filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado: legitimación del progenitor: Práctica de pruebas biológicas sobre menores de edad: valoración de la negativa. *Exceptio plurium concubentium*» (comentario a la STS de 20 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 137 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables», en *Actualidad Civil*, núm. 17, 2001, pp. 605 ss.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Ganancialidad: título preferencial. Negocio de óptica. Bienes comprados a plazos» (comentario a la STS de 13 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 375 ss.

- HERNÁNDEZ GIL, Félix: «El Convenio de Nueva York, de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero: su aplicación práctica», en *Actualidad Civil*, núm. 41, 2001, pp. 1425 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuges separados o divorciados (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001, A.C. 764/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2001, pp. 1199 ss.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor, y LUCAS BIZARRO, Rosa M.: «La STC 141/2000 o el dret fonamental a la llibertat religiosa en el marc de les relacions entre pares i fills en un procés de separació», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 445 ss.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «El embargo de sueldos y pensiones por obligaciones alimenticias tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-28.
- LUCAS BIZARRO, Rosa M., y LÓPEZ BOFILL, Héctor: «La STC 141/2000 o el dret fonamental a la llibertat religiosa en el marc de les relacions entre pares i fills en un procés de separació», en *RJC*, núm. 2, 2001, pp. 445 ss.
- PEÑA GARCÍA, Carmen: «La existencia de una sentencia firme de divorcio, ¿impide el reconocimiento de eficacia civil a las sentencias canónicas de nulidad? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2001, A.C. 644/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 26, 2001, pp. 951 ss.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Acciones de filiación. Prueba de la filiación: no procede ordenar la práctica de la prueba biológica al ser necesaria la exhumación del cadáver del hijo menor de edad, fallecido durante la sustanciación del procedimiento; negativa a su práctica del matrimonio demandado en primera instancia, antes de su fallecimiento. Sediciente progenitor reclama su paternidad no matrimonial e impugna la matrimonial determinada: legitimación activa sin posesión de estado» (comentario a la STS de 2 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 283 ss.
- REPRESA POLO, M.^a Patricia: «Existencia o no de obligación legal de alimentos respecto a hija mayor de edad que, por conflicto generacional, opta por vivir independientemente de sus padres. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 23 de febrero de 2000», en *RDP*, febrero 2001, pp. 150 ss.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «Reconocimiento judicial del derecho de visita de los abuelos a sus nietos y ejercicio de la patria potestad. Acceso casacional del problema de la extensión del régimen. La disposición transitoria 10.^a de la Ley de 13 de mayo de 1981. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 23 de noviembre de 1999», en *RDP*, enero 2001, pp. 75 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «La naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales», en *RDPat*, núm. 6, 2001, pp. 113 ss.

- ROMERO COLOMA, Aurelia Marfa: «Alcance y valoración de las causas de separación matrimonial del artículo 82.5 y 6 del Código Civil», en *RCDI*, núm. 666, 2001, pp. 1625 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «El conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad en el Código de Familia de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 2001, pp. 637 ss.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La compensació econòmica per raó de treball en el règim de separació de béns», en *RJC*, núm. 3, 2001, pp. 661 ss.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2001, pp. 1199 ss.
- VERDERA SERVER, Rafael: «Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un contrato de suministro» (comentario a la STS de 17 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 491 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, pp. 777 ss.

El «protocolo familiar» es un mecanismo o instrumento jurídico característico de las empresas familiares que, dicho de la forma más amplia posible, es un contrato que sirve para establecer las bases y los principios de las relaciones entre la familia y la empresa familiar. El trabajo, tras analizar su concepto y naturaleza jurídica, examina su incidencia en las relaciones familiares, en el régimen económico matrimonial de los miembros de la familia, en la herencia de las personas que forman parte de la empresa familiar y en las sociedades que forman parte de dicha empresa.

- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María: «Derechos sucesorios del adoptado en adopción menor plena con pacto sucesorio, conforme al texto del Código Civil subsiguiente a la reforma de 24 de abril de 1958. Eficacia del pacto sucesorio. Los derechos sucesorios se rigen por la legislación vigente en la fecha del fallecimiento del causante» (comentario a la STS de 27 de septiembre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 265 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Función del recurso de apelación. Plena competencia del tribunal *ad quem* para resolver sobre el fondo cuando este tribunal desestime la excepción procesal apreciada por la sentencia de primera instancia; el tribunal de apelación debe dictar sentencia sin reenvío de los autos al Juzgado de primera instancia para que dicte nueva sentencia. Excepción de inadecuación de procedimiento. Interpretación del testamento. Tutela judicial efectiva y obtención de una respuesta favorable a los intereses del justiciable» (comentario a la STS de 30 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 593 ss.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «El derecho de reversión legal del artículo 812 del Código Civil: cuestiones suscitadas en la jurisprudencia más reciente», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 2129 ss.

- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Donaciones imputables a la legítima y donaciones colacionables (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2001, A.C. 562/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2001, pp. 1511 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Ineficacia de legado. Transformación y enajenación de la cosa legada» (comentario a la STS de 20 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 527 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Interpretación de los contratos. Contrato de seguro de vida de grupo. Condiciones generales de la póliza y designación de beneficiario en certificado individual por el asegurado. Posibilidad de incluir al cónyuge en una designación en la que se determina que los beneficiarios sean los «herederos legales» (comentario a la STS de 20 de diciembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 669 ss.
- RIVERO FERNÁNDEZ, Manuel: «Preterición no intencional del hijo concebido y nacido después del otorgamiento del testamento» (comentario a la STS de 23 de enero de 2001), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 753 ss.
- SÁNCHEZ-FRIERA González, M.^a del Carmen: «El Consorcio Foral Aragonés: derecho transitorio, nacimiento y caso de fiducia», en *RJN*, núm. 30, 2000, pp. 191 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, pp. 777 ss.

El «protocolo familiar» es un mecanismo o instrumento jurídico característico de las empresas familiares que, dicho de la forma más amplia posible, es un contrato que sirve para establecer las bases y los principios de las relaciones entre la familia y la empresa familiar. El trabajo, tras analizar su concepto y naturaleza jurídica, examina su incidencia en las relaciones familiares, en el régimen económico matrimonial de los miembros de la familia, en la herencia de las personas que forman parte de la empresa familiar y en las sociedades que forman parte de dicha empresa.

- BERCOVITZ, Alberto: «Marcas y derecho de autor», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 405 ss.
- BERMEJO ZOFÍO, Felipe: «Las medidas urgentes de intensificación de la competencia en el mercado de tabacos del RDL 6/2000», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 69 ss.

- BONARDELL LENZANO, Rafael, y CABANAS TREJO, Ricardo: «La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre

de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 215 ss.

Análisis de la Instrucción de la DGRN, de 19 de octubre de 2000 (*BOE* de 9 de noviembre de 2000), sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, mediante la cual se regula de forma clara y precisa la utilización de este novedoso procedimiento por los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, y por la que se deroga la Instrucción de 26 de abril de 2000 sobre la misma materia.

CABANAS TREJO, Ricardo, y BONARDELL LENZANO, Rafael: «La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2000: el retorno a la racionalidad y al rigor jurídico», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 215 ss.

Análisis de la Instrucción de la DGRN, de 19 de octubre de 2000 (*BOE* de 9 de noviembre de 2000), sobre el uso de la firma electrónica de los fedatarios públicos, mediante la cual se regula de forma clara y precisa la utilización de este novedoso procedimiento por los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas, y por la que se deroga la Instrucción de 26 de abril de 2000 sobre la misma materia.

CALLOL GARCÍA, Pedro: «Mercados B2B y el antiguo mito de la transparencia perfecta», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 57 ss.

Estudio de los denominados mercados o intercambiadores *business-to-business* («b2b»), que están llamados a ser un medio de singular importancia en la realización de transacciones entre empresas, por las enormes eficiencias económicas derivadas de su empleo. Al mismo tiempo, la irrupción de los mercados b2b puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a obstáculos para la competencia. Los riesgos de coordinación anticompetitiva son mayores, mientras que los costes de llegar a acuerdos y vigilar su cumplimiento se reducen notablemente. Por ello, el recurso a la experiencia de las autoridades de defensa de la competencia, en materia de intercambios de información entre competidores, puede proporcionar una referencia útil en la formación y gestión de mercados b2b.

CALVO MEIJIDE, Alberto: «Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar: Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2001, pp. 1261 ss.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Decisiones de la comisión en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia *Mas-terfoods*», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 29 ss.

CERVERA FERRI, José L., y GÓMEZ MENCHÓN, Yolanda: «Estadística y Derecho Comunitario», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 88 ss.

DÍEZ ESTELLA, Fernando: «Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 11 ss.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.: «Competencia desleal: actos de imitación y revelación de información. Legitimación pasiva de la persona jurídica y los miembros de ésta» (comentario a la STS de 18 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 343 ss.

GARCÍA VIDAL, Ángel: «Signos distintivos, *metatags* y *keyword banners*», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, pp. 737 ss.

Análisis de los derechos de propiedad industrial sobre las marcas, nombre comercial y signos distintivos, en el ámbito del comercio electrónico en Internet, frente al uso por terceras personas como metaetiqueta (“metatag») o como palabra clave en los «keyword banners», así como de las normas jurídicas sobre competencia desleal y publicidad protectoras de tales derechos.

GÓMEZ MENCHÓN, Yolanda, y CERVERA FERRI, José L.: «Estadística y Derecho Comunitario», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 88 ss.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 249 ss.

GUTIÉRREZ, Alfonso: «Novedades en materia de control de concentraciones introducidas por el Real Decreto-ley 6/2000», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 773 ss.

JIMÉNEZ LAIGLESIA, José M.^a: «El asunto *Microsoft*: competencia y tecnología», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 26 ss.

JUAN Y MATEU, Fernando: Contrato de concesión para la distribución en exclusiva de automóviles; incumplimiento del concedente durante la ejecución del contrato; resolución injustificada por el concedente; obligación de indemnizar al concesionario por daños y perjuicios; improcedencia de una indemnización por clientela. Abuso de posición no dominante: cuestión no civil; incompetencia de los tribunales civiles para conocer de las infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia. Inexistencia de un acto de competencia desleal por explotación de una situación de dependencia económica» (comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 17 ss.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «La protección de las creaciones de forma», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 543 ss.

MARCO ALCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos y denominaciones sociales: marca, nombre comercial y denominación de la sociedad. Reivindicación del derecho sobre la marca y el nombre comercial frente al registro indebidamente obtenido por parte del agente o representante del legítimo titular de aquéllos. Contrato de agencia en virtud del cual el agente o representante puede hacer uso de la marca no registrada, pero que no implica necesariamente la autorización del legítimo titular para que el agente registre la marca y el nombre comercial en su propio nombre, y no en el de su representado. Doctrina de los actos propios: constitución de una sociedad anónima con una denominación social basada en la marca y nombre comercial de un tercero, con el conocimiento y consenti-

- miento de este último» (comentario a la STS de 25 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 361 ss.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario: sobre la difícil cohabitación entre las competencias del mercado único y de salud pública. Comentario a la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98)», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 75 ss.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Sobre los destinatarios de la prohibición de usar información privilegiada», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 495 ss.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «La inducción a error en la marca como consecuencia de su consolidación en el mercado», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 231 ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación del Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el Juez español; remisión al ordenamiento español de los efectos de la nulidad de pleno derecho» (comentario a la STS de 2 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 87 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis M.^a: «La problemática antitrust de los acuerdos de menor importancia (En especial, tras la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 679 ss.
- NAVARRO VARONA, Edurne: «La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 43 ss.
- ORTEGA BUENO, Raimundo: «La discriminación de precios bajo el prisma del Derecho de la competencia», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 45 ss.
- PARDO LEAL, Marta: «El Reglamento núm. 2679/98, relativo a los obstáculos graves a la libre circulación de mercancías: aplicación y perspectivas de desarrollo», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 60 ss.
- PINILLOS LORENZANA, África Almudena: «Naturaleza jurídico mercantil de los billetes de curso legal», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 159 ss.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Eficacia de la firma electrónica en los Registros de la Propiedad y Mercantil», en *RCDI*, núm. 667, 2001, pp. 2005 ss.
- SERRANO CAÑAS, José Manuel: «Los profesionales liberales ante el nuevo Derecho de la Competencia», en *DN*, núm. 130-131, 2001, pp. 17 ss.
- SUÑOL LUCEA, Áurea: «Competencia desleal. Horarios de apertura de farmacias» (comentario a la STS de 16 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 411 ss.
- VEGA GARCÍA, Fernando de la: «Tendencias generales de la evolución del Derecho interno de Defensa de la Competencia», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 625 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, y CAMPINS VARGAS, Aurora: «La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 441 ss.

ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: causas, efectos y extinción», en *EDJ*, núm. 24, 1999, pp. 17 ss.

ARROYO, Ignacio: «Reflexiones en torno al interés social», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 421 ss.

AUGOUSTATOS ZARCO, Nikolás: «Sociedades anónimas: reclamación contra sociedad en fase de liquidación; actuación de los liquidadores sociales: funciones y régimen de responsabilidad; acción social de responsabilidad contra los liquidadores» (comentario a la STS de 21 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 151 ss.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Notas sobre el significado jurídico del protocolo familiar», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, p. 777 ss.

El «protocolo familiar» es un mecanismo o instrumento jurídico característico de las empresas familiares que, dicho de la forma más amplia posible, es un contrato que sirve para establecer las bases y los principios de las relaciones entre la familia y la empresa familiar. El trabajo, tras analizar su concepto y naturaleza jurídica, examina su incidencia en las relaciones familiares, en el régimen económico matrimonial de los miembros de la familia, en la herencia de las personas que forman parte de la empresa familiar y en las sociedades que forman parte de dicha empresa.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Administración desleal y apropiación indebida», en *RJE*, núm. 4, 2001, pp. 125 ss.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución», en *EDJ*, núm. 24, 1999, pp. 131 ss.

CABANAS TREJO, Ricardo: «La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital no adaptadas», en *EDJ*, núm. 24, 1999, pp. 161 ss.

CAMPINS VARGAS, Aurora, y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 441 ss.

DESDENTADO DAROCA, Elena: «Contenido y alcance del derecho de información del accionista. ¿Una revisión jurisprudencial? Comentario a la STS de 15 de diciembre de 1998», en *RPJ*, núm. 60, 2001, pp. 335 ss.

ELÍAS OSTÚA, Ramón de: «La sociedad por acciones simplificada del Derecho francés en la reforma de 1999. Una nueva alternativa para las sociedades cerradas», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 33 ss.

- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «La acción social y la acción individual de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», en *EDJ*, núm. 24, 1999, pp. 57 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La denominada *retroactividad contable* de la fusión. Un examen societario de un falso problema», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 97 ss.
- FÍNEZ, José Manuel: «Prenda de acciones no cotizables. Ejecución extrajudicial de la garantía. Formalidades requeridas para la subasta judicial prevista en el artículo 1872-1 CC. Integración analógica de la norma. Consecuencias derivadas de la infracción» (comentario a la STS de 21 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 539 ss.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, y PINO ABAD, Manuel: «La relevante causa negocial de la sociedad», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 7 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Inscripción de Sociedad de Responsabilidad Limitada. Objeto social. Reserva legal de actividad. Autorización previa. Actividad y contrato de *factoring*» (comentario a la RDGRN de 24 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 431 ss.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis: «Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el Derecho de sociedades», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 73 ss.
- LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «Responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles», en *La Ley*, 2001-1, D-13.
- LAMBEEA RUEDA, Ana: «Cooperativa de Trabajo Asociado. Impugnación de acuerdos de Asamblea General de la Cooperativa: nulidad por privación de los derechos de asistencia y voto a socios expulsados por el Consejo Rector (expulsión no ejecutiva), suspendidos cautelarmente de empleo. Función autorreguladora de la Cooperativa en materia sancionadora: relación de los Estatutos con la norma legal. Interpretación restrictiva de normas sancionadoras limitativas de derechos» (comentario a la STS de 28 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 557 ss.
- MAESO CHOLBI, Juan Carlos: «Nota sobre aportaciones de rama de actividad a las sociedades de inversión inmobiliaria», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 171 ss.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos y denominaciones sociales: marca, nombre comercial y denominación de la sociedad. Reivindicación del derecho sobre la marca y el nombre comercial frente al registro indebidamente obtenido por parte del agente o representante del legítimo titular de aquéllos. Contrato de agencia en virtud del cual el agente o representante puede hacer uso de la marca no registrada, pero que no implica necesariamente la autorización del legítimo titular para que el agente registre la marca y el nombre comercial en su propio nombre, y no en el de su representado. Doctrina de los actos propios: constitución de una sociedad anónima con una denominación social basada en la marca y nombre comercial de un tercero, con el conocimiento y consenti-

- miento de este último» (comentario a la STS de 25 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 361 ss.
- MARÍN CORREA, José María: «La responsabilidad en el ámbito laboral de los administradores de las sociedades», en *EDJ*, núm. 24, 1999, pp. 291 ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «Arbitraje e impugnación de acuerdos sociales», en *RPJ*, núm. 59, 2001, pp. 237 ss.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Nulidad de subasta notarial para la venta de acciones de sociedad anónima», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 209 ss.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «Responsabilidad patrimonial de los administradores en la sociedad anónima. Sus clases. El nexo causal. Presupuestos de ejercicio de la acción. Conductas elusivas. El fraude de ley», en *La Ley*, 2001-2, D-52.
- NIETO HERNÁNDEZ, Isabel: «Aspectos de la contabilidad de la sociedad anónima en liquidación», en *DN*, núm. 133, 2001, pp. 13 ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Contrato de compraventa. Perfección. Señalamiento del precio por persona determinada (art. 1447 CC). Cláusula estatutaria que establece el derecho preferente de adquisición de acciones, cuyo precio, de no haber acuerdo, lo fijarán tres arbitradores» (comentario a la STS de 29 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 577 ss.
- PÉREZ VALERO, Ignacio: «Los distintos conceptos de delito societario como Código Penal de 1995», en *La Ley*, 2001-2, D-47.
- PINO ABAD, Manuel, y FONT GALÁN, Juan Ignacio: «La relevante causa social de la sociedad», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 7 ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 4 de julio de 2000 (RJ 2000, 5728). Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de no adaptación estatutaria de su capital social al mínimo establecido en la disposición transitoria tercera de la LSA», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 289 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima frente a los socios y terceros. El ejercicio de la acción individual por daños (art. 135 LSA) y el ejercicio de la acción por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad (art. 262.5 LSA)» (comentario a la STS de 28 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 167 ss.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores», en *EDJ*, núm. 24, 1999, pp. 327 ss.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, Francisco: «La profesionalización de los cargos directivos en la nueva Ley de cooperativas», en *RGD*, mayo 2001, pp. 3357 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 33 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «La limitación legal al tipo de interés exigible en las situaciones de descubiertos en cuenta corriente (Reflexiones acerca de la aplicabilidad del art. 19.4 de la Ley 7/1995 a propósito de la SAP de Navarra de 7 de febrero de 2000)», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 267 ss.
- ALBURQUERQUE LLORENS, Carlos: «Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 119 ss.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Titularidad del Estado de los depósitos abandonados en Cajas de Ahorro y sin movimientos en los últimos veinte años», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 187 ss.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «El saneamiento y la liquidación de entidades de crédito en el ordenamiento comunitario», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 7 ss.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl: «Los servicios financieros bancarios de la sociedad de la información», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 2367 ss.
- LARGO GIL, Rita: «Interpretación extensiva de la reserva legal de la denominación *banco* a favor de las entidades de crédito», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 125 ss.
- MAESO CHOLBI, Juan Carlos: «Nota sobre aportaciones de rama de actividad a las sociedades de inversión inmobiliaria», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 171 ss.
- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J.: «La codificación del Derecho de las entidades de crédito», en *DN*, núm. 129, 2001, pp. 1 ss.
- El autor analiza la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de establecimiento y servicios de las entidades de crédito, junto con la otra normativa y jurisprudencia comunitaria pertinente.
- ORRIOLS SALLÉS, María Ángels: «El Banco Central de Nueva Zelanda: un modelo singular entre la autonomía y la corresponsabilidad gubernamental», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 119 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «La responsabilidad de las entidades financieras por errores en la aportación de datos a los registros de morosos», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 103 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Los fondos internos de previsión social de las entidades financieras», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 159 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «La limitación legal al tipo de interés exigible en las situaciones de descubiertos en cuenta corriente (Reflexiones acerca de la aplicabilidad del art. 19.4 de la Ley 7/1995 a propósito de la SAP de Navarra de 7 de febrero de 2000)», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 267 ss.

- ALBURQUERQUE LLORENS, Carlos: «Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 119 ss.
- AMESTI MENDIZÁBAL, Christi: «La obligación de los auditores de facilitar información al ICAC y al deber de secreto», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 227 ss.
- BOLDÓ RODA, Carmen: «Algunas notas acerca de la responsabilidad de las agencias de viajes», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 749 ss.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, María Cristina: «El leasing frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 2011 ss.
- FONT I SEGURA, Albert: «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 259 ss.
- GARCÍA VILLAYERDE, Rafael: «Quiebra y contrato de factoring», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 11 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Inscripción de Sociedad de Responsabilidad Limitada. Objeto social. Reserva legal de actividad. Autorización previa. Actividad y contrato de *factoring*» (comentario a la RDGRN de 24 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 431 ss.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso: «La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2000 y sus implicaciones para los contratos de suministro exclusivo de carburantes entre compañías petroleras y estaciones de servicio», en *La Ley*, 2001-2, D-73.
- JUAN Y MATEU, Fernando: Contrato de concesión para la distribución en exclusiva de automóviles; incumplimiento del concedente durante la ejecución del contrato; resolución injustificada por el concedente; obligación de indemnizar al concesionario por daños y perjuicios; improcedencia de una indemnización por clientela. Abuso de posición no dominante: cuestión no civil; incompetencia de los tribunales civiles para conocer de las infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia. Inexistencia de un acto de competencia desleal por explotación de una situación de dependencia económica» (comentario a la STS de 30 de noviembre de 1999), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 17 ss.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «Las exclusiones personales de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil», en *DN*, núm. 133, 2001, pp.1 ss.

El estudio versa sobre la extensión personal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil desde la perspectiva del análisis de la naturaleza de las cláusulas que excluyen de la cualidad de terceros perjudicados a determinados sujetos. Un examen detenido de la práctica aseguradora muestra que, con relativa frecuencia, las condiciones generales o particulares de la referida modalidad de seguro precisan que carecen del carácter de víctimas ciertas personas, generalmente socios, empleados o familiares del mismo asegurado.

LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos: «La regulación jurídica internacional del transporte multimodal», en *DN*, núm. 132, 2001, pp. 31 ss.

MADRID PARRA, Agustín: «Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para las firmas electrónicas», en *DN*, núm. 128, 2001, pp. 1 ss.

MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Signos distintivos y denominaciones sociales: marca, nombre comercial y denominación de la sociedad. Reivindicación del derecho sobre la marca y el nombre comercial frente al registro indebidamente obtenido por parte del agente o representante del legítimo titular de aquéllos. Contrato de agencia en virtud del cual el agente o representante puede hacer uso de la marca no registrada, pero que no implica necesariamente la autorización del legítimo titular para que el agente registre la marca y el nombre comercial en su propio nombre, y no en el de su representado. Doctrina de los actos propios: constitución de una sociedad anónima con una denominación social basada en la marca y nombre comercial de un tercero, con el conocimiento y consentimiento de este último» (comentario a la STS de 25 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 361 ss.

MERCADAL VIDAL, Francisco: «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación del Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el Juez español; remisión al ordenamiento español de los efectos de la nulidad de pleno derecho» (comentario a la STS de 2 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 87 ss.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000)», en *RDM*, núm. 240, 2001, pp. 673 ss.

MORÁN GARCÍA, Manuel E.: «El impacto de la Unión Económica y Monetaria sobre los contratos financieros internacionales», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 75 ss.

PIÑOLETA ALONSO, Luis Manuel: «En torno a la configuración jurídica de los contratos de expedición y transporte», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 137 ss.

TAPIA HERMIDA, Antonio: «Cuestiones fundamentales en materia de créditos documentarios», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 57 ss.

ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Avales limitado», en *RDM*, núm. 239, 2001, pp. 171 ss.

TÍTULOS VALOR, LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Dos problemas actuales de la revisión: incidente de nulidad de actuaciones y tutela judicial de pólizas de crédito bancario (comentario a la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, A.C. 336/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2001, pp. 817 ss.

- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Ejecución en España de la letra de cambio *extranjera* considerada como documento público con fuerza ejecutiva», en *RPJ*, núm. 59, 2001, pp. 415 ss.
- CORREA DEL CASSO, Pablo: «Principios del proceso de elaboración del título ejecutivo europeo mediante la técnica de la inversión del contradictorio», en *La Ley*, 2001-1, D-8.
- FARRE ALEMAN, José M.ª: «Juicio cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-22.
- PINILLOS LORENZANA, África Almudena: «Naturaleza jurídico mercantil de los billetes de curso legal», en *RDBB*, núm. 83, 2001, pp. 159 ss.

DERECHO CONCURSAL

- CERES MONTES, José Francisco: «El reconocimiento y graduación de créditos en el procedimiento de quiebra», en *La Ley*, 2001-3, D-86.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «La interrelación entre el Reglamento núm. 1346/00 sobre procedimientos de insolvencia y la futura Directiva en relación con el saneamiento y liquidación de las entidades de crédito», en *DN*, núm. 128, 2001, pp. 33 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, Rafael: «Quiebra y contrato de factoring», en *CDC*, núm. 33, 2000, pp. 11 ss.
- GUTIÉRREZ ZARZA, María de los Ángeles: «Suspensión de pagos de entidad avalista de crédito. Juicio ordinario de reconocimiento del crédito y del derecho de abstención respecto de parte del mismo. Litispendencia entre el citado proceso ordinario y el posterior incidente de oposición al convenio de suspensión. Ausencia de litisconsorcio pasivo necesario en el supuesto del artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, con incidencia en el ámbito exclusivo del derecho de abstención» (comentario a la STS de 12 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 121 ss.
- TÉLLEZ LAPEIRA, Antonio: «Sobre el plazo para la presentación del dictamen de interventores previsto en el artículo 8 de la Ley de Suspensión de Pagos», en *La Ley*, 2001-2, D-75.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALCÁZAR MOLINA, Manuel G.: «Catastro, notaría y Registro de la Propiedad: Tres instituciones que se complementan y necesitan», en *RDU*, núm. 185, 2001, pp. 19 ss.
- ANTÚNEZ TORRES, Daniel: «La articulación de las técnicas de distribución de beneficios y cargas en la fase de planeamiento. Marco de regulación autonómica bajo la Ley 6/1998», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 81 ss.

- ARREGUI LUCEA, Luis F.: «El sistema de ejecución forzosa en el anteproyecto de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid», en *RUE*, núm. 3, 2001, pp. 15 ss.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «En torno a las medidas liberalizadoras del suelo: apuntes críticos a la luz de las SSTC 61/1997 y 164/2001», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 59 ss.
- CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel: «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 164/2001, de 11 de julio, referente a la Ley del Suelo 6/1998», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 11 ss.
- CALVO CHARRO, María: «El derecho a ver las estrellas. Análisis de la contaminación lumínica desde una perspectiva jurídica», en *RDU*, núm. 187, 2001, pp. 131 ss.
- CASTANYER VILA, Jorge: «La regulación de la evaluación del impacto ambiental tras el RD-ley 9/2000, de 6 de octubre», en *RUE*, núm. 3, 2001, pp. 27 ss.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes», en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 1137 ss., en *RCDI*, núm. 665, 2001, pp. 963 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: «Comentario de urgencia a la STC de 11 de julio de 2001 sobre la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 abril 1998», en *RUE*, núm. 3, 2001, pp. 57 ss.
- GARCÍA MATOS, Ignacio: «¿Existe en España una jurisprudencia protectora del ambiente?», en *RDU*, núm. 186, 2001, pp. 97 ss.
- «El reconocimiento de la acción asociativa en la legislación protectora de la naturaleza en la República Federal de Alemania», en *RDU*, núm. 187, 2001, pp. 103 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Las normas subsidiarias de Planeamiento municipal: de su surgimiento y auge a su decadencia y crisis en la actualidad», en *RDU*, núm. 185, 2001, pp. 45 ss.
- GÓMEZ DEL CASTILLO, Manuel M.: «Aproximación al estudio de la tutela procesal penal del medio ambiente (La investigación de los delitos medioambientales)», en *RGD*, junio 2001, pp. 4905 ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Jorge L.: «La eficacia de los Planes generales carentes de publicación normativa. Efectos de una errónea interpretación de la doctrina del Supremo», en *RDU*, núm. 187, 2001, pp. 53 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «El proyecto de Ley Fiscal del Suelo de don Luis Valero Bermejo», en *RDU*, núm. 185, 2001, pp. 19 ss.
- HAVA GARCÍA, Esther, y MARQUÉS I BANQUÉ, María: «La legislació sobre espais naturals i flors i fauna silvestres», en *RJC*, núm. 3, 2001, pp. 823 ss.
- HILF, Meinhard: «¿Libertad del comercio mundial contra protección del medio ambiente?», en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 45 ss.

- JIMÉNEZ DORANTES, Manuel: El constante conflicto de las decisiones locales y autonómicas en el planeamiento urbanístico. La ponderación de intereses. Comentario a la STS de 1 de febrero de 2000 (Ar. 583/2000)», en *RDU*, núm. 186, 2001, pp. 87 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000», en *RDU*, núm. 186, 2001, pp. 61 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Urbanización privada. Impugnación del acuerdo de la Comunidad de Propietarios relativo a la designación de Junta de Gobierno por haberse computado los votos correspondientes a la titularidad de parcelas exteriores al ámbito territorial de la Comunidad, aunque estuvieran ubicadas en una banda de ampliación del suelo urbano delimitada por las Normas Subsidiarias de Planeamiento: se solicita declaración de que la Junta de Gobierno válidamente elegida es la que obtuvo la mayoría sin contabilizar los votos cuestionados. Falta de legitimación pasiva del propietario de las parcelas que confieren los votos objeto de litigio. Costas procesales» (comentario a la STS de 14 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 451 ss.
- MARINERO PERAL, Ángel M.ª: «Comentario sobre la incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes», en *RDU*, núm. 187, 2001, pp. 81 ss.
- MARQUÉS I BANQUÉ, María, y HAVA GARCÍA, Esther: «La legislació sobre espais naturals i flors i fauna silvestres», en *RJC*, núm. 3, 2001, pp. 823 ss.
- MEDIAVILLA CABO, José Vicente: «Comentarios a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 113 ss.
- MÉNDEZ CANSECO, José Félix: «Sobre la legalidad de actos dictados en aplicación del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 antes y después de la STC 61/1997, de 20 de marzo de 1997», en *RUE*, núm. 3, 2001, pp. 47 ss.
- ORO-PULIDO Y LÓPEZ, Mariano: «El deber de conservación y de mejora por motivos turísticos o estéticos; a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2000», en *RUE*, núm. 3, 2001, pp. 79 ss.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio: «La demolición en la disciplina urbanística: una mirada retrospectiva», en *RDU*, núm. 187, 2001, pp. 11 ss.
- PÉREZ-ILZARBE SARAGÜETA, Jon Ander: «El Medio Ambiente Cultural frente al urbanismo», en *RJN*, núm. 30, 2000, pp. 89 ss.
- PORTO REY, Enrique: «Técnicas urbanísticas que pueden facilitar la promoción de viviendas de protección pública», en *RDU*, núm. 185, 2001, pp. 83 ss.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada: «Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de las actividades industriales», en *RDU*, núm. 185, 2001, pp. 111 ss.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente», en *RDU*, núm. 186, 2001, pp. 11 ss.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: «Ilegalidad de la técnica equidistributiva del suelo urbano consolidado diseñada por el PGOU de Madrid de 1997 al margen de la normativa autonómica: doctrina del Tribunal Superior fijada en apelación», en *RUE*, núm. 3, 2001, pp. 65 ss.

VERDÚ MIRA, Antonio T.: «A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia», en *RDU*, núm. 187, 2001, pp. 47 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

BALLESTERO MOFFA, Luis Ángel: «La delimitación de las funciones normativa y administrativa en el orden comunitario, en particular, la decisión», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 303 ss.

BELLIDO BARRIONUEVO, María: «El efecto bloqueo de las Directivas comunitarias: la sentencia del TJCE de 18 de diciembre de 1997, As. 129/96 *Inter-Environnement Wallonie*», en *RGLJ*, núm. 5, 2000, pp. 583 ss.

CALLOL GARCÍA, Pedro: «Mercados B2B y el antiguo mito de la transparencia perfecta», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 57 ss.

Los mercados o intercambadores *business-to-business* (“b2b»), están llamados a ser un medio de singular importancia en la realización de transacciones entre empresas, por las enormes eficiencias económicas derivadas de su empleo. Al mismo tiempo, la irrupción de los mercados b2b puede dar lugar, en determinadas circunstancias, a obstáculos para la competencia. Los riesgos de coordinación anticompetitiva son mayores, mientras que los costes de llegar a acuerdos y vigilar su cumplimiento se reducen notablemente. Por ello, el recurso a la experiencia de las autoridades de defensa de la competencia, en materia de intercambios de información entre competidores, puede proporcionar una referencia útil en la formación y gestión de mercados b2b.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: «Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 7 ss.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «Decisiones de la comisión en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia *Masferfoods*», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 29 ss.

— «OMC, competencia prejudicial y efecto directo-la sentencia *Dior/Assco*», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 281 ss.

CERVERA FERRI, José L., y GÓMEZ MENCHÓN, Yolanda: «Estadística y Derecho Comunitario», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 88 ss.

- CORREA DEL CASSO, Pablo: «Principios del proceso de elaboración del título ejecutivo europeo mediante la técnica de la inversión del contradictorio», en *La Ley*, 2001-1, D-8.
- DEMBOUR VAN OVERBERGH, Patricia, y MARTÍN ARRIBAS, Juan José: «La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 321 ss.
- DEOP MADINABEITIA, Xabier: «El Tratado de Niza. Una visión crítica», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 15 ss.
- DÍEZ ESTELLA, Fernando: «Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 11 ss.
- DUTREY GUANTES, Yolanda: «Control de la competencia judicial internacional y sumisión expresa en el ámbito comunitario: problemas y paradojas», en *La Ley*, 2001-2, D-80.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «El saneamiento y la liquidación de entidades de crédito en el ordenamiento comunitario», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 7 ss.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos: «La interrelación entre el Reglamento n.º 1346/00 sobre procedimientos de insolvencia y la futura Directiva en relación con el saneamiento y liquidación de las entidades de crédito», en *DN*, núm. 128, 2001, pp. 33 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «El Tratado de Niza y el sistema jurisdiccional de la Unión Europea», en *La Ley*, 2001-1, D-29.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 15 ss.
- GARCÍA LÓPEZ, Julio Antonio: «El Tratado de Niza y la política comercial común: consideraciones sobre la nueva redacción del artículo 133 del Tratado de la Comunidad Europea», en *La Ley*, 2001-2, D-79.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Ciertas reflexiones sobre el espacio jurídico europeo y el notariado», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 2001, pp. 1123 ss.
- GÓMEZ MENCHÓN, Yolanda, y CERVERA FERRI, José L.: «Estadística y Derecho Comunitario», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 88 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La aplicación del artículo 28 CE (antiguo artículo 30) a las mercancías en tránsito: la sentencia *Piezas de recambio*», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 107 ss.

Análisis de la sentencia del TJCE, de 26 de septiembre de 2000, por la que este Tribunal condenó a Francia por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE, que se integra en

la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de mercancías.

— «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica algunos conceptos relativos a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el ámbito hospitalario (Directiva 85/374/CEE): la sentencia *Veedfald*», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 105 ss.

El TJCE declaró, en la sentencia «*Veedfald*», que la Directiva 85/374/CEE se aplica a un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios. Esta interpretación parece coincidir con la orientación adoptada por la Comisión al redactar su propuesta para modificar la Directiva 92/59/CEE, relativa a la seguridad de los productos, en especial por lo que se refiere a una nueva definición de producto que incluiría los productos relacionados con los servicios.

GONZÁLEZ DE BUITRAGO DÍAS, Víctor: «Depreciación física de las construcciones según el Real Decreto de 25 de junio de 1993 y la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1994», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 161 ss.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: «Una reforma *difícil pero productiva*: la revisión institucional en el Tratado de Niza», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 27 ss.

JANER TORRENS, Joan David: «El papel de los particulares en la constatación de conductas contrarias al Derecho comunitario», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 31 ss.

MAESTU RUIZ, Fernando: «Reflexiones sobre el método para la aprobación de una carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», en *RJN*, núm. 30, 2000, pp. 169 ss.

MARTÍN ARRIBAS, Juan José, y DEMBOUR VAN OVERBERGH, Patricia: «La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 321 ss.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «La publicidad del tabaco y el Derecho comunitario: sobre la difícil cohabitación entre las competencias del mercado único y de salud pública. Comentario a la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo* (C-376/98)», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 75 ss.

MERCADAL VIDAL, Francisco: «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación del Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el Juez español; remisión al ordenamiento español de los efectos de la nulidad de pleno derecho» (comentario a la STS de 2 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 87 ss.

MORÁN GARCÍA, Manuel E.: «El impacto de la Unión Económica y Monetaria sobre los contratos financieros internacionales», en *RDBB*, núm. 82, 2001, pp. 75 ss.

MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos J.: «La codificación del Derecho de las entidades de crédito», en *DN*, núm. 129, 2001, pp. 1 ss.

El autor analiza la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en materia de establecimiento y servicios de las entidades de crédito, junto con la otra normativa y jurisprudencia comunitaria pertinente.

NAVARRO VARONA, Eduarne: «La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 43 ss.

ORTEGA BUENO, Raimundo: «La discriminación de precios bajo el prisma del Derecho de la competencia», en *GJ*, núm. 213, 2001, pp. 45 ss.

PARDO LEAL, Marta: «El Reglamento núm. 2679/98, relativo a los obstáculos graves a la libre circulación de mercancías: aplicación y perspectivas de desarrollo», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 60 ss.

PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime, y SUÁREZ FERNÁNDEZ, Pedro: «La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas b2b», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 44 ss.

Estudio de los problemas que plantean las plataformas «b2b» desde la perspectiva de la libre competencia, tanto en el momento de su constitución como posteriormente en sus distintas actuaciones en el mercado. Igualmente se exponen distintas medidas que pueden adoptarse para impedir cualquier infracción de la normativa sobre defensa de la competencia.

PLAZA PENADES, Javier: «La responsabilidad civil en Internet (su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español)», en *La Ley*, 2001-3, D-93.

PONS RAFOLS, Xavier: «Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 145 ss.

QUEL LÓPEZ, Francisco Javier: «Análisis de las reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 117 ss.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «Medio ambiente y administración local», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 173 ss.

ROGEL VIDE, Carlos: «Internet y propiedad intelectual. Problemas mal resueltos o sin resolver en el Derecho comunitario al respecto», en *RGLJ*, núm. 6, 2000, pp. 781 ss.

ROLDÁN BARBERO, Javier: «La reforma del poder judicial en la Comunidad Europea», en *RDCE*, núm. 9, 2001, pp. 77 ss.

ROMERO MELCHOR, Sebastián: «Publicidad del tabaco: propuesta de la Comisión para sustituir la Directiva 98/43/CE anulada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *GJ*, núm. 215, 2001, pp. 90 ss.

SEGURA RODA, Isabel: «La anulación de la Directiva 98/43/CE, sobre la publicidad del tabaco: ¿novedades en el reparto de competencias comunitario?», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 74 ss.

SÖDERMAN, Jacob: «El derecho fundamental a la buena administración», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 8 ss.

Uno de los aspectos más innovadores de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000, es la consagración del derecho a la buena administración en su artículo 41. Esta norma reconoce el derecho de toda persona a que las instituciones y órganos de la Unión Europea traten sus asuntos imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable.

SOUTO PAZ, José Antonio: «Comentario a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *RPJ*, núm. 61, 2001, pp. 63 ss.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, Pedro, y PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, Jaime: «La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas b2b», en *GJ*, núm. 214, 2001, pp. 44 ss.

Estudio de los problemas que plantean las plataformas «b2b» desde la perspectiva de la libre competencia, tanto en el momento de su constitución como posteriormente en sus distintas actuaciones en el mercado. Igualmente se exponen distintas medidas que pueden adoptarse para impedir cualquier infracción de la normativa sobre defensa de la competencia.

TOLOSA TRIBIÑO, César: «La intervención administrativa en la edificación u uso del suelo y la disciplina urbanística en la nueva Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria», en *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 133 ss.

DERECHO PROCESAL

ALEMANY EGUIDAZU, Jesús: «La prueba de la autenticidad electrónica con la LEC 2000», en *La Ley*, 2001-3, D-81.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Solicitud de reconocimiento parcial de sentencia extranjera de divorcio. Reconocimiento limitado a la condena al pago de alimentos» (comentario a la STS de 21 de julio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 233 ss.

BALDASANO SUPERVIELLE, M.^a Esther: «El auxilio judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (lo que llevamos visto desde su entrada en vigor)», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 67 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «El momento procesal de la formulación de la pretensión impugnativa en el recurso de apelación. El ámbito de la vista de la segunda instancia como acto oportuno para concretar definitivamente la posición del recurrente» (comentario a la STS de 19 de julio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 223 ss.

— «Función del recurso de apelación. Plena competencia del tribunal *ad quem* para resolver sobre el fondo cuando este tribunal desestime la excepción procesal apreciada por la sentencia de primera instancia; el tribunal de apelación debe dictar sentencia sin reenvío de los autos al Juzgado de primera instancia para que dicte nueva sentencia. Excepción

- de inadecuación de procedimiento. Interpretación del testamento. Tutela judicial efectiva y obtención de una respuesta favorable a los intereses del justiciable» (comentario a la STS de 30 de noviembre de 2000), en *CCJC*, núm. 56, 2001, pp. 593 ss.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Dos problemas actuales de la revisión: incidente de nulidad de actuaciones y tutela judicial de pólizas de crédito bancario (Comentario a la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, A.C. 336/2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 22, pp. 817 ss.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «Fútbol, derecho y proceso. Observaciones en torno a las existentes y no siempre bien explicadas relaciones entre el proceso y el fútbol», en *RJE*, núm. 3, 2000, pp. 207 ss.
- DUTREY GUANTES, Yolanda: «Control de la competencia judicial internacional y sumisión expresa en el ámbito comunitario: problemas y paradojas», en *La Ley*, 2001-2, D-80.
- FARRE ALEMÁN, José M.ª: «Juicio cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-22.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I) y (II)», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2001, pp. 1261 ss. y núm. 36, 2001, pp. 1317 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «El Tratado de Niza y el sistema jurisdiccional de la Unión Europea», en *La Ley*, 2001-1, D-29.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel: «Las medidas cautelares internacionales y las medidas cautelares en el arbitraje», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 193 ss.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Apresurado comentario al “informe” o “exposición” del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en el caso Gómez Vázquez v. España», en *RPJ*, núm. 60, 2001, pp. 225 ss.
- FONOLL PUEYO, Juan Manuel: «Consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de la subasta y su aplicación supletoria (Ley de Enjuiciamiento Civil de 200)», en *RPJ*, núm. 61, 2001, pp. 245 ss.
- GARAU SOBRINO, Federico: «La prueba del derecho extranjero en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 2343 ss.
- GARCÍA VILA, Mónica: «Tacha de testigos e inhabilidad de los mismos» (comentario a la STS de 11 de octubre de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 325 ss.
- GARNICA MARTÍN, Juan Francisco: «El derecho a los recursos. Presupuestos y reglas generales. Recurso de reposición y revisión», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 349 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 2001, pp. 1143 ss.

GUTIÉRREZ ZARZA, María de los Ángeles: «Tercería de domino ante las jurisdicciones civil y laboral. Incompatibilidad entre ambas. Resolución de la tercería laboral con carácter previo y valor meramente prejudicial, sin perjuicio de la decisión de la jurisdicción civil sobre la propiedad de los bienes trabajados» (comentario a la STS de 20 de abril de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 57 ss.

— «Suspensión de pagos de entidad avalista de crédito. Juicio ordinario de reconocimiento del crédito y del derecho de abstención respecto de parte del mismo. Litispendencia entre el citado proceso ordinario y el posterior incidente de oposición al convenio de suspensión. Ausencia de litisconsorcio pasivo necesario en el supuesto del artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos, con incidencia en el ámbito exclusivo del derecho de abstención» (comentario a la STDS de 12 de junio de 2000), en *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 121 ss.

IZQUIERDO DEL VALLE, Ignacio: «La condena en costas al abogado minutante en el incidente de tasación de costas de la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-3, D-88.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel: «Las cautelas indeterminadas y las medidas cautelares específicas», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 147 ss.

LEÓN TIRADO, Pilar: «Principios del proceso en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», en *Actualidad Civil*, núm. 22, pp. 797 ss.

LETE DEL RÍO, José Manuel: «El proceso de incapacitación», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2001, pp. 1475 ss.

LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús: «La tramitación parlamentaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *RPJ*, núm. 59, 2001, pp. 393 ss.

LORENZO MEMBIELA, Juan B.: «La demanda en la LEC de 2000: aspectos jurídicos y críticos», en *Actualidad Civil*, núm. 20, 2001, pp. 765 ss.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando: «El embargo de sueldos y pensiones por obligaciones alimenticias tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-28.

MAGRO SERVET, Vicente: «La ejecución provisional de las condenas no dinerarias», en *La Ley*, 2001-2, D-69.

— «La prueba en la segunda instancia en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-2, D-50.

— «El consejo General del Poder Judicial y la reforma de la Administración de Justicia», en *La Ley*, 2001-3, D-84.

MARES ROGER, Francisco: «Los actos de comunicación judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Perspectivas de práctica forense)», en *La Ley*, 2001-3, D-82.

- MARTÍ MARTÍ, Joaquín: «La buena fe procesal en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-35.
- MORABELL GUERIN, Luis M.^a: «La ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-6.
- MONTÓN GARCÍA, María Lidón: «Los privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil tras la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *La Ley*, 2001-1, D-2.
- MUÑOZ JIMÉNEZ, Francisco Javier: «El recurso extraordinario por infracción procesal», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 495 ss.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La subasta judicial de bienes muebles en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-2, D-64.
- NABAL RECIO, Antonio: «Régimen procesal de los derechos fundamentales: la vía judicial», en *RPJ*, núm. 61, 2001, pp. 305 ss.
- NADAL GONZÁLEZ, Irene: «El documento electrónico en el proceso civil (Una visión del panorama europeo con especial referencia a Alemania y España)», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 2503 ss.
- NIEVA FENOLL, Jorge: «Guía para el uso de las especialidades procedimentales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2001-1, D-20.
- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: «Pluralidad de acreedores en el proceso de ejecución de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *CDC*, núm. 32, 2000, pp. 11 ss.
- PASCUAL SERRATS, Rosa: «Cuestiones en torno a la distribución de competencias en materia de administración de Justicia (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 105/2000)», en *RGD*, enero-febrero 2001, pp. 129 ss.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto: «La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 19 ss.
- PÉREZ LÓPEZ, Eduardo: «Recurso de apelación y recurso de queja», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 403 ss.
- RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción: «Las multas que impone la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 2001, pp. 1453 ss.
- RENEDO ARENAL, María Amparo: «El proceso monitorio en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», en *RGD*, mayo 2001, pp. 3344 ss.
- REVILLA, Fernando: «Sobre la devolución de la fianza prestada para la ejecución provisional de la sentencia», en *La Ley*, 2001-3, D-92.
- RIFÁ SOLER, José María: «Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 97 ss.

ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo: «La reconversión en la nueva Ley de enjuiciamiento civil», en *RGD*, marzo-abril 2001, pp. 1853 ss.

SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: «El recurso de casación», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 563 ss.

VALLS GOMBAU, José Francisco: «La unificación del procedimiento cautelar», en *CDJ*, núm. X, 2000, pp. 257 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.º BECH SERRAT, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, M.º Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas A. PÉREZ MARTÍN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Cómputo de los tiempos del contrato: interpretación del artículo 5 CC.–La jurisprudencia viene estableciendo que los tiempos del contrato deben computarse de fecha a fecha y por días completos. Aunque el artículo 5 CC no lo disponga expresamente, ha de entenderse que el día final del cómputo ha de transcurrir por entero de tal manera que si el suceso contemplado en el contrato se produce en cualquier momento del día final, se entiende ocurrido dentro del tiempo del contrato. (STS de 17 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.–El 31 de diciembre de 1991, J. M. P. contrató una póliza de seguro de vida con *Mapfre* por todo el tiempo de su vida, a base de períodos anuales divisibles en trimestres, y en la que se designaba como beneficiaria a la esposa de J. M. P. y, en su defecto, a sus hijos. Dicho contrato tendría efecto desde las 0,00 horas del 1 de diciembre de 1991 perfeccionándose ese mismo día siempre que hubiese tenido lugar previamente la satisfacción del primer recibo de prima. En caso contrario la perfección tendría lugar a las veinticuatro horas del día de pago. En caso de falta de pago de una prima se suspendería la cobertura durante un mes después del día de vencimiento.

El pago del primer recibo tuvo lugar el 31 de diciembre de 1991 por lo que la cobertura de la primera prima comprendía desde el 1 de enero de 1992 hasta el 1 de abril de ese mismo año, aunque *Mapfre* sostiene que la cobertura llegaba únicamente hasta el 1 de marzo de 1992. El 6 de febrero de 1992 se emite pagaré con vencimiento el día 25 de febrero de 1992 cuyo pago se denegó el 27 de ese mismo mes y año. El 1 de abril de 1992 a las 4'45 horas fallece J. M. P.; *Mapfre* deniega el pago de seguro de vida alegando suspensión de la póliza. La beneficiaria, esposa del fallecido, demanda a la compañía aseguradora siendo desestimada la petición en primera instancia y estimada en apelación. (B. F. G.)

2. Existencia de dolo.—La pretensión de existencia de dolo carece totalmente de apoyo fáctico y no se ha probado, cuando la doctrina jurisprudencial de esta Sala —*ad exemplum* SS de 14 de junio de 1963, 28 de febrero de 1969 y 21 de mayo de 1985— ha repetido que el dolo no se presume, sino que ha de demostrarse cumplidamente.

Libre apreciación de la buena fe.—La buena fe, aunque constituye un concepto jurídico es de libre apreciación por los tribunales que tomarán en cuenta los hechos y circunstancias que aparezcan probados —SS de 5 de julio de 1985 y 12 de marzo de 1992.

Concepto de abuso de derecho.—Procede el abuso de derecho como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien decidida de causar a otro un daño o utilizándolo de un modo anormal y contradictor de la armónica convivencia social, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) como recoge la S de esta Sala de 30 de mayo de 1998, con antecedentes en otras resoluciones, como la de 5 de marzo de 1996.

[...] se estima abusivo, que siendo el legal representante de la entidad demandada en el pleito y seguido contra su representada por impago del precio, de tales participaciones, pretende, siendo a la par también codemandado en la litis como persona física y por específicos pedimentos dirigidos al mismo, desatiende la condena al pago de su representada y provoca la fase de ejecución y la apertura del apremio y no comparece a la subasta y acude al tanteo, cuando se le notifica cumpliendo un requisito legal y estatutario.

Ejercicio irregular del derecho de tanteo. Cómputo para su ejercicio.—La irregularidad del ejercicio del derecho resulta de que no consigna el precio y ejercita su derecho simultáneamente y, por si fuera poco, se ha producido fuera del plazo de treinta días, porque aun aceptando que se hubiera realizado correctamente, el plazo terminó el 2 de abril. El plazo debe computarse de momento a momento tal y como ha recogido la S de 17 de marzo de 1994 y no es susceptible de interrupción. (STS de 18 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora doña Matilde C. N. —que promueve demanda contra doña Rosario T. F., doña Antonia F. V., don José Luis S. A. y *Serrano y Tello, S. L.*— pretendía la elevación a escritura pública del documento de adquisición por compra de cuatrocientas noventa participaciones sociales de la entidad *Serrano y Tello, S. L.*, indemnización de daños y perjuicios y la cancelación de una ins-

cripción registral. La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda. Apelaron doña Antonia, don Luis y *Serrano y Tello, S. L.*, siendo desestimados todos los recursos. Interponen recurso de casación los particulares mencionados. El TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

3. Prescripción de acción por culpa extracontractual: fijación del *dies a quo*.—El único motivo del recurso —al amparo del art. 1692.4 LEC— por infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los artículos 1968 y 1969 CC y contenida en las sentencias que detalla, según la cual, en caso de lesiones, para la fijación del *dies a quo* del plazo de un año, a los efectos de los preceptos citados como infringidos, procede atenderse al momento en que se conozca de modo definitivo el resultado del quebranto padecido mediante el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que don S. E. B. interpuso la demanda en fecha 16 de junio de 1994, antes del transcurso de un año de la última revisión médica, verificada el 2 de septiembre de 1993, en la que le fue prescrita una intervención quirúrgica consistente en la implantación de una placa metálica para cerrarle el cráneo. Se desestima porque la recurrente reitera el planteamiento ofrecido en la instancia y olvida que, según obra acreditado en autos, todos los efectos de sus lesiones se hallaban descritos y consolidados, y eran conocidos, en el orden físico, desde el 18 de mayo de 1992, y en el psíquico, tras el informe de 21 de marzo de 1991 o, a lo sumo, desde el 3 de diciembre de 1992, fecha de la última entrevista en el Centro de Salud Mental, lo que hace irrelevante que continuara durante cierto tiempo con consultas médicas para vigilar la evolución de las operaciones quirúrgicas a que fue sometido, como asimismo que, tras el alta médica, le hubiese sido recomendada la realización de una operación de cirugía plástica, que, por cierto, no se practicó precisamente por la actitud omisiva del paciente, según figura en el informe del doctor M. H. (STS de 25 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras haber sufrido una descarga eléctrica que le produjo graves lesiones, don S. E. B. reclama daños y perjuicios a las entidades *Remil, S. A.*, *Iberdrola* y a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. El Juzgado rechaza la demanda al considerar prescrita la acción y su sentencia es confirmada en grado de apelación por la Audiencia. Interpuesto recurso de casación por el actor, el TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

4. Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual: cómputo del plazo en caso de reclamación por lesiones.—Es doctrina jurisprudencial constante y pacífica la que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas. La doctrina relativa a que «en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido», puede decirse que constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (SS de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de sep-

tiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994, entre muchas otras).

Valoración del daño generador de la responsabilidad civil extracontractual: competencia, discrecionalidad y revisión en casación.—Ante todo hay que partir de la base que el artículo 1902 CC no contiene norma o regla secundaria relativa a la valoración del daño, siendo doctrina reiterada de esta Sala la que determina que la fijación cuantitativa de los daños corresponde hacerla al Juzgador de Instancia de modo discrecional en atención a las circunstancias concurrentes.

Más tarde hay que tener en cuenta que la cuantificación de los daños y perjuicios cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional de manera discrecional, por lo que ello escapa al control casacional.

Por último, es preciso destacar que la cuantificación de los daños es función reservada a la Sala de instancia, que no puede ser revisada en casación, sino cuando se modifiquen los parámetros tenidos en cuenta para proceder a la fijación de la indemnización (S de 25 de febrero de 1992). (STS de 13 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. T. A. ejercita acción de responsabilidad civil extracontractual contra la empresa *Felguera I. H. I., S. A.*, exigiéndole la cantidad de noventa millones de pesetas en concepto de daños. Su demanda es parcialmente estimada. Apelan actor y demandada. La Audiencia desestima el recurso de la empresa y estima en parte el de don J. T. A. fijando la indemnización en cuarenta millones de pesetas. No ha lugar al recurso de casación que interpone *Felguera I. H. I., S. A. (R. G. S.)*

DERECHO DE LA PERSONA

5. Consentimiento del menor en el ámbito de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.—La determinación de los requisitos necesarios para que la intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de un menor no sean calificados de ilegítimos, ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (LOPJM), cuya regulación se aleja de la contenida en la anterior Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El artículo 3 de esta última toma como punto de referencia la madurez suficiente del menor para prestar el consentimiento por sí mismo: de darse dicha madurez, el propio menor podrá prestar el consentimiento de manera expresa, mientras que en el caso contrario se requiere que resuelva el juez después de que el representante legal haya prestado el consentimiento por escrito y lo haya puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pueda oponerse en ocho días. El artículo 4.3 LOPJM, sin embargo, considera ilegítima cualquier utilización de la imagen o el nombre de un menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus inte-

reses, con independencia de que conste el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Aplicación de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.—La entrada en vigor de la Ley 1/1996, de 15 de enero, se produjo el 15 de febrero 1996; los hechos ocurridos con anterioridad a dicha fecha seguirán regidos por la normativa anterior.

Denegación de prueba testifical motivada: no vulnera el artículo 24 CE. La denegación de una prueba testifical fundada en un precepto legal no da lugar a indefensión y, por tanto, no supone vulneración del artículo 24 CE. (STS de 19 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 16 de junio de 1992, F. C. A., de dieciséis años, y su novia participaron, tras haberlo solicitado por escrito en un papel firmado por ambos, en un programa de la cadena de televisión *R.T.V. Procono-Málaga* en el que los concursantes debían responder a preguntas sobre la historia y anécdotas de la ciudad de Málaga perdiendo una prenda de vestir en caso de no acertar la respuesta y ganando el concurso el concursante que no quedaba desnudo. El padre del menor demandó a *R.T.V. Procono-Málaga*. La demandada fue absuelta por el Juzgado de Primera Instancia confirmando la Audiencia Provincial dicha resolución.

NOTA.—A partir de la lectura del FD 3.º de la sentencia, parece derivarse que la LOPJM no es aplicable al caso por haber acaecido los hechos antes de su entrada en vigor. Podría sostenerse, sin embargo, que la fecha de referencia para la determinación de la normativa aplicable en un caso como el presente, está constituida por el momento de inicio del procedimiento en concreto ya que la DT única de la LOPJM dispone que «los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior».

Por lo que se refiere a la nueva regulación de los mecanismos de protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor, debe destacarse la restricción de la capacidad de obrar del menor respecto de la normativa anterior, hecho que incluso contradice el propio espíritu de la LOPJM reflejado en el artículo 2.II según el cual «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». Este hecho ha llevado a autores como Mata Rivas, F., a considerar que el consentimiento del menor o de sus representantes legales prestado con las garantías reflejadas en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982 sigue siendo eficaz (*Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor*, ed. Colex, Madrid 1997, p. 76).

En la Exposición de Motivos de la LOPJM se afirma que la finalidad de esta regulación tan restrictiva no es otra que la protección del menor «que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve». A este propósito parece importante tener en cuenta que dentro del concepto de *menor de edad* se incluyen edades en las que el nivel de madurez no es idéntico por lo que aun cuando en algunos supuestos la aplicación del artículo 4.3 LOPJM se considere adecuado precisamente por la razón aducida en la Exposición de Motivos (por ejem-

plo en el caso de un niño de ocho años), quizá en otros parece más acertada la regulación de la Ley Orgánica 1/1982 (a título de ejemplo, en el caso que da lugar a esta sentencia en el que el menor contaba con dieciséis años en el momento en que tuvieron lugar los hechos). (B. F. G.)

6. Vecindad civil. Adquisición.—El actual párrafo 5.º 2.º, del artículo 15 CC, y su precedente artículo 14.3.2.º, según texto Ley 3/1973, prescriben que la sujeción al derecho civil, común, especial o foral, se determina por la vecindad civil y, que la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de diez años sin declaración en contrario durante este plazo; parece indiscutible, pues, que se trata de un período taxativo, en donde la adquisición de la vecindad civil, se adquiere con la mera constatación de dicha residencia en el Registro Civil Central y, en general, por el cauce habitual del previo empadronamiento.

La cuestión que se plantea de, si efectivamente, ese plazo de diez años, establecido por repetido artículo 14.3.2 CC texto antiguo hoy artículo 15.5.º 2.º, en relación con lo dispuesto en el artículo 225.2 del Reglamento del Registro Civil, deberá ser cumplido sólo por persona que legalmente pueda ejercer su rectoría, esto es, que tenga la correspondiente capacidad acorde con su mayoría de edad, por lo que, cualquiera que sea el tiempo que anteriormente haya residido sin que sea mayor de edad o que esté emancipado, no podrá computarse al respecto. En el problema, sin duda ha de subrayarse que, no es posible limitar el contenido imperativo del repetido artículo 14.3 CC, hoy 15.5.2.º, con una norma de carácter reglamentario que cercena por así decir, un posibilismo actuatorio como es, el acceso a una vecindad, precisamente, por razón de la vecindad en los términos establecidos por el derecho sustantivo (como es sabido la afectación en el régimen económico controvertido, proviene, porque, la vecindad así controvertida, adquirida por esa residencia del marido, atraía antes de la reforma efectuada por la Ley de 15 de octubre de 1990, la correspondiente a la de la mujer, al sancionarse en su artículo 14.4, que la mujer casada seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados de su padre y, en defecto de éste la de su madre, esto es, que en definitiva, adquirida o no la vecindad civil por parte del marido, esa misma vecindad sería la de su esposa, por lo cual, el régimen económico sería justamente, el atinente a la vecindad que se detentare, o sea, la común si no se había ganado la vecindad civil catalana, cuyo régimen económico es el de gananciales, o bien, según se haya ganado la vecindad catalana su régimen de separación de bienes), debiendo al respecto mantenerse la tesis recogida por la S de 20 de febrero de 1995 (frente a la sostenida en la única precedente de 23 de febrero de 1992) en donde establece, naturalmente, la superior consistencia del criterio del código civil, sobre la limitación reglamentaria, se decía entonces: «... las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada contenida en el FD 4.º de la sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la de aquel en que el mero transcurso de los diez años opera *ipso iure* en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal *a quo*, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el citado fundamento, parece apoyarse de manera sustancial en la dicción del

párrafo 2.º del artículo 225 RRC: «en el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona»; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 15.3.1.º y 2.º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor el transcurso de los diez años confiere *ope legis* la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal *a quo...*», por lo cual, procede, con la acogida del motivo, actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.1.3 y dejar sin efecto la sentencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia por sus mismos argumentos. (STS de 21 de septiembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formula demanda solicitando se declare que el régimen económico del matrimonio era el común, el de la sociedad de gananciales, y se proceda a la liquidación de ésta.

Formulado escrito de contestación, la parte demandada alega, entre otros motivos, la vigencia en el matrimonio del régimen de separación de bienes del derecho catalán.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, confirmando que el régimen que regía el matrimonio era el de separación de bienes, derivado de la vecindad civil. Apelada dicha sentencia, la Audiencia Provincial la revocó.

El TS declara haber lugar al recurso de casación, confirmando la decisión de primera instancia y revocando la sentencia dictada en apelación. (M.ª R. D. R.)

7. Derechos fundamentales de libertad de expresión e información y derecho al honor. Criterios para resolver supuestos de colisión.—El artículo 20.1.a) y d) CE establece como derechos fundamentales los que se tienen para expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción así como para comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. También el artículo 10.2 CE concreta que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, hay que destacar el artículo 19 de la Declaración Universal que dice que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

Por tanto, a la luz del texto constitucional, libertad de expresión y de información —activa y pasiva— son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la distinción entre libertad de expresión —emisión de juicios y opiniones— y la libertad de información —manifestación de hechos— y así lo mantiene el TC en su emblemática S de 6 de junio de 1990 (105/1990), aunque poco más tarde, con carácter matizador, dicho Tribunal, en S de 12 de noviembre de dicho año, reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periódica supone ejercicio no sólo del derecho de información, sino también del

derecho más genérico de expresión, por lo que la libertad de prensa exige el reconocimiento de una especie de inmunidad constitucionalmente protegida, no sólo para la libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y opiniones.

En resumen, se puede decir que el derecho fundamental de libertad de expresión en relación con el más genérico de libertad de información, es esencial para asegurar los cauces precisos que puedan formar una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político, que precisa el Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, todo derecho, por muy importante que sea, no puede devenir en un derecho absoluto e ilimitado, pues ello llevaría a difuminar totalmente la idea de libertad y la de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4, establece que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen. Limitación de nuestro texto constitucional, totalmente de acuerdo con las establecidas en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, que establece que el derecho a la libertad de expresión e información podrá ser sometido a ciertas restricciones, como es la de la protección de la reputación o la de impedir la divulgación de informaciones confidenciales.

Sin embargo, cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del TC, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación entre la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos,
- b) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Pero como datos complementarios de lo anterior, y para resolver la posible colisión, es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción –inmanencia– como en un aspecto externo de valoración social –trascendencia–, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la «minusvaloración» actual de tal derecho de la personalidad. Es también preciso, en el otro lado de la cuestión, que la información transmitida sea veraz y, además, que esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. (STS de 6 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El periódico *El Mundo del País Vasco* publicó un artículo titulado «El circo de la Facultad de Derecho». El Decano de la Facultad interpone demanda de responsabilidad civil por agresión ilegítima contra su honor frente al autor, directores de la publicación y empresa editorial. El Juzgado estima la demanda condenando solidariamente a los demandados al abono de quince millones de pesetas. Apelan éstos y la Audiencia confirma la sen-

tencia de instancia. La empresa editorial interpone recurso de casación que resulta parcialmente estimado reduciéndose la condena solidaria por daños y perjuicios morales a un millón de pesetas. (R. G. S.)

8. Doctrina exculpatoria del reportaje neutral.—Estos hechos son perfectamente subsumibles en la teoría denominada del «reportaje neutral» o «información neutral» cuya base se encuentra en la doctrina jurisprudencial norteamericana del *neutral reportaje doctrine*, que parte de la base de estimar, que si un artículo periodístico recoge unos datos u opiniones, sin expresar o hacer valoración alguna, supone una situación del derecho a la información que no puede ser limitado *per se* con base a una supuesta infracción al honor. Y así se proclama en las SS del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 7 de diciembre y 8 de julio de 1986, casos *Handyside* y *Linpens*, respectivamente.

Asimismo la S 232/1993, de 12 de julio, del TC, citada en el motivo, del «reportaje neutral» que califica la cuestión novedosa, señala que «precisa de ciertas consideraciones específicas, a saber: cómo ha de ponderarse una información en aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan atentatorias. Ante supuestos de esta naturaleza se hacen necesarias ciertas modulaciones en la aplicación de los cánones generalmente aceptados para resolver la colisión entre los derechos garantizados en los artículos 18 y 20 CE aunque tales modulaciones no afectan en absoluto al requisito de la relevancia pública, sino que se agotan en el contenido y alcance de la existencia de veracidad»; añade esta S que «el requisito de veracidad opera respecto de dos hechos distintos —y en dos formas también distintas— y lo hace además en dos momentos sucesivos y frente a dos sujetos diversos: por un lado, y en primer lugar, respecto de la declaración atribuida por la revista a una persona; de otro lado, y en segundo término, respecto por lo ésta declarado, correspondiendo en cada caso la posible responsabilidad en la que se incurra, respectivamente, al medio y al tercero» y continúa diciendo el TC que «el medio de comunicación ha de acreditar la veracidad del hecho de que determinada persona ha realizado determinadas manifestaciones, no bastando simplemente la observación de un mínimo de diligencia en la contrastación de la noticia, como sucede, en general, cuando se informa sobre hechos o circunstancias de imposible constatación indiscutida: es exigible además, una perfecta adecuación con la realidad, esto es, con el hecho mismo de la declaración». En relación con la doctrina del «reportaje neutral», la S de esta Sala de 20 de febrero de 1997 puntualiza que en él «predomina y ha de atenderse a la exacta transcripción de lo dicho por otro sin apostillas ni valoraciones de aportación propia, tratándose de hechos noticiables por su interés público y que trascienden a la comunidad», lo que se ratifica en S de 20 de enero de 1997. Todo ello ha sido corroborado por la reciente STC de 15 de julio de 1999.

Todo lo anterior es lo que acontece en este caso, puesto que la sentencia impugnada sienta el hecho de que la información en cuestión, referida a hechos de relevancia pública se limitó a reproducir el informe gráfico de la organización ETA tal y como lo publicó su fuente de información, el diario ABC, sin añadir comentario o valoración alguna, información que fue contrastada por su autor con la documentación de que disponía, entre ella, la

noticia publicada en ABC. Y cuando la fuente que proporciona la noticia es objetivamente fidedigna, más cuando no fue impugnada ni por los implicados en ella ni se pidió la rectificación, no es necesario más que la comprobación o exactitud de la fuente, y con mayor fundamento cuando la información periódica, según la propia S impugnada, la noticia tenía como antecedentes expresiones y versiones públicas y notorias.

Por todo ello, se vuelve a repetir, debe entrar en juego la referida doctrina exculpativa del «reportaje neutral», sobre todo porque la parte recurrida se limitó a manejar unos datos que presentaban signos de verosimilitud y que no habían sido desmentidos ni directa ni indirectamente.

Alcance subjetivo del derecho al honor.—Uno de los principios que determinan la exigencia del derecho al honor y a la intimidad y, en su caso, sus límites, y que están concretados en el artículo 2 de la Ley 1/1982, es lo que gráficamente denomina la S de esta Sala de 18 de abril de 1989, como que cada persona es soporte y sujeto jurídico del derecho al honor, por lo que la tutela efectiva estará en función del celo que en sí guarda y estimación manifiesta cada persona en ello, y no se puede olvidar en este sentido el pasado sociológico de la parte recurrente. En otras palabras y como se dice en el *factum* de la sentencia recurrida, el honor de Román L. M. ya estaba en entredicho y seriamente afectado, desde el instante mismo que el mismo permitió y aceptó implícitamente su adscripción a la banda terrorista ETA, al no adoptar desde 1987 hasta 1993 ninguna medida de salvaguarda de su honor. (STS de 26 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don R. L. interpone demanda de protección civil de su derecho al honor contra *Unidad Editorial, S. A., Editorial del Pueblo Vasco, S. A.*, don J. V., doña E. L. y don P. Aguirre. El Juzgado estima en lo sustancial la demanda considerando la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho del actor consistente en la publicación y difusión de la inveraz noticia de pertenecer éste al aparato económico de ETA. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado y el TS declara no haber lugar al recurso de casación que interpone don R. L. (R. G. S.)

9. El insulto no puede ser amparado por la libertad de expresión.—La doctrina jurisprudencial emanada de la jurisprudencia, tanto de esta Sala como del TC, establece recogiendo la doctrina del TC USA denominada *Preferent Fredous*, que los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información mantienen una posición preferente sobre otros derechos, también fundamentales, y recogidos en nuestra Constitución, como son el derecho al honor y el derecho a la intimidad.

También es cierto que dichos TC y TS, tienen declarado que la expresión injuriosa constituye un auténtico límite a dichos derechos basados en la libertad de expresión o información, si lo que transmite sus (*sic*) opiniones o juicios no necesitados de verdad objetiva sino de convicción subjetiva, y así la emblemática STC de 6 de junio de 1990, que se cita por todas, establece la anterior doctrina por la que se determina que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad humana que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental. (STS de 11 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. P. G. presenta demanda sobre protección de su derecho al honor al considerar lesionado éste por las manifestaciones de los demandados en un programa radiofónico de *Antena Tres de Radio, S. A.* El Juzgado desestima su demanda. La Audiencia estima parcialmente su recurso de apelación por entender que ha existido una intromisión ilegítima en su derecho al honor pero rebajando el monto de la cantidad reclamada en la instancia en concepto de indemnización. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los demandados. (R. G. S.)

10. Caducidad de la acción civil de protección del derecho al honor frente a agresiones ilegítimas.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales, caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Y cuando dicho precepto habla de caducidad, ha de entenderse como la decadencia de derechos que surge cuando la Ley señala un plazo fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido no puede ser ya esgrimido, y que con el fin de evitar la inseguridad jurídica, ha de contemplarse dicha caducidad desde un punto de vista del dato derivado del no ejercicio de un derecho por su titular dentro del plazo marcado por la norma.

Pero además, un aspecto esencial de la referida institución de la caducidad es el de su no posible interrupción, y es esta nota la que la diferencia de la prescripción, y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que ha configurado la caducidad con una naturaleza que se deriva de no ser posible su interrupción, salvo en el caso concreto de la formalización de un acto de conciliación (SS de 25 de junio y 22 de mayo de 1965, 23 de diciembre de 1983, 27 de diciembre de 1992 y 10 de noviembre de 1994, entre otras).

No cabe interrupción del plazo de caducidad por el ejercicio de una acción penal basada en los mismos hechos.—Sin que pueda hablarse de interrupción de dicho plazo por el ejercicio de una acción penal que por los mismos hechos efectuó dicha parte, a través de una querrela por la existencia de un delito contra el honor. Y ello, no sólo por la imposibilidad, como ya se ha dicho con anterioridad, de interrumpir la caducidad, sino también porque en el presente caso son inaplicables el artículo 114 LECr y el artículo 10.2 LOPI, desde el instante mismo que la acción civil de protección al honor se puede ejercitar en cualquier momento dentro de un período hábil, sin estar sujeta a las vicisitudes de un juicio penal sobre los hechos en cuestión. Puesto que no se puede hablar de una cuestión prejudicial penal de necesario pronunciamiento para el conocimiento de la acción civil, para el ejercicio de esta clase de acciones, que deberán desarrollarse con verdadera autonomía con respecto a otros órdenes jurisdiccionales, como así establece el artículo 9.1 de dicha Ley Orgánica 1/1982, sobre todo cuando en el presente caso, los hechos pueden, en todo caso, ser constitutivos de un delito perseguible sólo a instancia de parte, y así paradigmáticamente lo proclama la STC de 13 de julio de 1992, cuando en ella se dice «que la naturaleza del delito de persecución privada, confiere prácticamente, una acción al perjudicado para decidir si actúa en petición de la reparación de los agravios sufridos ante los órganos de una u otra manifestación jurisdiccional (civil o penal)». Lo que significa que no puede haber intromisión en el proceso civil seguido *ad hoc* en relación a lo

que pueda suceder por los avatares de otros procesos penales, aunque los hechos puedan ser los mismos, siempre que el orden penal y para el caso de que sólo pueda ser utilizado a instancia de una parte privada. (STS de 31 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. C. interpone demanda de protección civil de su derecho al honor contra don G. L. por las afirmaciones que éste realizó en un artículo publicado por el periódico *Hoy*, de Badajoz. El Juzgado desestima la demanda por caducidad de la acción. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (R. G. S.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Solidaridad pasiva.—Los presupuestos de esta clase de responsabilidad, establecidos en el artículo 1137 CC, no se producen en este planteamiento litigioso ya que la atribución de la pretendida cualidad de deudoras a las entidades demandadas no se hace desde una sola y misma obligación —una se liga a un contrato de arrendamiento de obra que como comitente concertó con la demandante, y la otra se extrae de un alegado beneficio sin causa que de esa obra recibió siendo ella ajena al contrato en que se convino su realización—, obligación de la que derivase una misma responsabilidad.

Prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa. Requisitos.—A falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la sustenta en el principio general del Derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente —tortícera como decían Las Partidas, o injustamente, o sin justicia o sin razón— a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de aquél, ha enriquecido el suyo y no cabe otro remedio reparador preferente por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria respecto de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados —enriquecimiento a costa de un empobrecimiento—, en la falta de causa que los justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose, en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante —se prescinde de toda idea de culpa o maquinación originadoras—, quedándose en aquel efecto, cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa.

Prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa. Supuestos.—Esa concepción, que sólo exige una correlación entre tales empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto. El resultado injustificado es la esencia y el núcleo del principio impeditivo del enriquecimiento. Sin más condicionamientos se establecen esos escuetos requisitos en las SS de esta Sala de 28 de enero de 1956 y 13 de octubre de 1995. (STS de 12 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—El 6 de junio de 1989, *Pescanova, S. A.*, vendió a *Comarfol, S. A.*, el buque arrastrero de su propiedad, el «Lérez», por 53.190.125 pesetas y con reserva de dominio. La compradora pagó quince millones al contado y prometió pagar el resto dentro de un término. Con posterioridad, la compradora encargó a *Montajes Folgar, S. A.*, que transformase el buque en palangrero de superficie. Las obras terminaron en diciembre de 1990 y costaron 79.698.423 pesetas. *Comarfol, S. A.*, no pagó la parte aplazada del precio a *Pescanova, S. A.*, por lo que ésta solicitó y obtuvo la declaración judicial de resolución del contrato. *Montajes Folgar, S. A.*, tampoco cobró de *Comarfol, S. A.*, el importe de las obras y por ello demandó a esta empresa y a *Pescanova, S. A.*, para que le pagasen ese importe como deudores solidarios y, subsidiariamente, que en caso de ser insolvente la primera pague la segunda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vigo estimó parcialmente la demanda y condenó solamente a *Comarfol, S. A.*, a pagar las obras. La demandante recurrió en apelación pero la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra confirmó la sentencia de instancia. Finalmente, *Montajes Folgar, S. A.*, insistió en sus mismos argumentos en un recurso de casación que finalmente prosperó. El TS casa la sentencia recurrida y, aunque descarta que las demandadas deban responder solidariamente, sí que condena a *Pescanova, S. A.*, a pagar a la recurrente la cantidad a que fue condenada *Comarfol, S. A.*, en caso de que ésta sea insolvente. (A. R. G.)

12. Prueba de presunciones y simulación.—La prueba de presunciones es una prueba indirecta que exige un razonamiento lógico que parte de la existencia de un hecho conocido y suficientemente demostrado para llegar a otro desconocido, que permite una mejor resolución de la controversia. Esta prueba es subsidiaria o supletoria y opera cuando no existan pruebas directas suficientes sobre las cuestiones del debate. La prueba de presunciones se admite para los negocios simulados debido a la dificultad de demostrar la verdadera intención de las partes. (STS de 3 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Caja de Ahorros Municipal de Burgos* concedió una línea de descuento a la empresa *Industrias Alimentarias del Zadorra* con el aval de don B. V., doña M. B. M., don J. A. S. y doña H. P. Cuando la empresa dejó de pagar determinados efectos descontados, los bienes de los fiadores salieron de sus patrimonios mediante contratos de compraventa celebrados con sus familiares o con entidades que eran controladas por los fiadores. Estas operaciones económicas provocaron su insolvencia. La *Caja de Ahorros Municipal de Burgos* interpuso demanda contra la empresa, los fiadores y otras personas, en la que solicitaba que se condenase a los demandados a pagar una determinada suma de dinero y que se declarase la nulidad de determinadas escrituras públicas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La parte actora interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Burgos, que declaró la nulidad de las escrituras públicas al existir una simulación. El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados, al considerar,

entre otros motivos, que la prueba de presunciones es una prueba válida para demostrar la existencia de una simulación. (M. V. V.)

13. Doctrina de los actos propios.—La doctrina que establece que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos no se puede aplicar en el ámbito de la nulidad radical.

Requisitos del error como vicio del consentimiento.—El error es aquel vicio del consentimiento que consiste en una desigualdad entre lo que se quería y declaró y lo que se hubiera querido si no hubiese existido error. Los requisitos que se exigen para la existencia del error son: que sea esencial, o sea, que recaiga sobre la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que dan lugar a su celebración; que no sea imputable a quien lo padece; que exista un nexo causal entre el error y la finalidad que se perseguía con el negocio jurídico, o sea, que la existencia del error conduzca a la celebración de un negocio que si se hubiese conocido el error no se hubiese celebrado; y que sea excusable, es decir, que no se pueda evitar por quien lo padece con una diligencia media, ya que no se puede proteger a quien ha tenido una conducta negligente.

Falta de causa e imposibilidad jurídica del objeto.—Cuando se transmite un bien no susceptible de tráfico jurídico no existe un supuesto de falta de causa, ya que el hecho que se transmita un objeto no susceptible de tráfico jurídico no afecta ni a la causa objetiva del contrato (función económico-social) ni se persigue una finalidad ilícita. La mejor solución es entender que el contrato es nulo por imposibilidad jurídica del objeto.

Efecto restitutorio de la nulidad de un contrato.—Cuando se declara la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse las cosas objeto del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1303 CC). Este efecto tiene como finalidad que las partes recuperen la situación personal y patrimonial anterior a la constitución de la obligación. Esto supone que si el contrato se ha ejecutado de forma total o parcial, se deben reponer las cosas al estado del momento de celebración del contrato. Dado que el artículo 1303 CC puede resultar insuficiente a la hora de fijar el efecto restitutorio, se puede acudir a otras normas para fijarlo, como es el principio general que prohíbe el enriquecimiento injusto.

Indemnización del daño moral ocasionado por el incumplimiento.—El incumplimiento de un contrato no supone necesariamente la indemnización del daño moral, entendiendo por daño moral las afecciones físicas y psíquicas que son consecuencia del trastorno o inquietud producidos por el incumplimiento. Para que pueda tener lugar esta indemnización es necesario que se expliciten los hechos que permiten ver esa afección que da lugar a su resarcimiento. (STS de 26 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña Therese Marcelle Armengaud de Baudoin y don Michel Louis Gustave Baudoin celebraron un contrato de compraventa con los señores Patrick y Catherine Bernouin, que sustituyó el celebrado con la entidad *Darrera des Puig*. En virtud de este contrato, los señores Baudoin adquirían una finca, que estaba edificada en una parte de su extensión, que estaba segregada de otra mayor y que no tenía la superficie mínima que en ese momento exigía la normativa urbanística. Los compradores interpusieron una demanda en la que solicitaban la resolución del contrato de compraventa y el

resarcimiento de los daños y perjuicios que se les habían ocasionado. Los demandados formularon reconvencción en la que solicitaban la resolución del contrato por incumplimiento de los señores Baudoin en el pago del precio o, subsidiariamente, el cumplimiento del contrato. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por los señores Baudoin y, aunque los demandantes solicitaban la resolución del contrato, declaró que el contrato de compraventa era nulo por falta de causa y vicios del consentimiento, de modo que se les debía restituir el precio pagado e indemnizar los daños morales. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la reconvencción. Los demandados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Palma, que también consideró que el contrato era nulo de pleno derecho por ilicitud de causa. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estima parcialmente al considerar que la indemnización de los daños morales que establece la sentencia de instancia no tiene una base fáctica sobre la que sostenerse y que los efectos restitutorios de la nulidad afectan a ambas partes del contrato, de modo que la parte actora debe reintegrar la finca objeto del contrato. El TS desestima los demás motivos al considerar que existía una imposibilidad jurídica del objeto (*no se permite la segregación de la parcela con la superficie que se segrega, de modo que se transmite una cosa que está fuera del tráfico jurídico*) y que existió un error excusable por la parte compradora, que desconocía que la finca no reunía todas las condiciones que exigía la normativa urbanística. (*M. V. V.*)

14. Rescisión de donación por fraude de acreedores. Carácter subsidiario de la acción y cómputo de su plazo de caducidad.—El acreedor debe perseguir los bienes de su deudor dentro del plazo de los cuatro años de ejercicio de la acción rescisoria (art. 1299, párrafo 1.º, CC), y el cómputo de ese plazo no puede quedar a su arbitrio, ni depender de la mayor o menor actividad en dicha persecución. Como dijo la S de esta Sala de 8 de mayo de 1903, «la condición de subsidiaria que tiene la acción rescisoria, según el artículo 1294, no significa que pueda subsistir indefinidamente cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto rescindible, pues el de cuatro años señalado para el ejercicio de tales acciones es el que el legislador ha estimado prudencialmente suficiente para el esclarecimiento del estado del deudor...» (S de 26 de junio de 1946). Con todo, la jurisprudencia de esta Sala acepta hechos objetivos de los que se deduce racionalmente la demostración de la carencia de bienes libres, y no exige una persecución real de todos y cada uno de ellos con resultado infructuoso.

El donatario no se convierte en deudor de los acreedores del donante.—El artículo 643 CC no concede al acreedor defraudado por la donación, además de la acción rescisoria (art. 1291.3.º y 1297 en relación con el artículo 1111, todos del CC) otra contra el donatario, sino que recoge lo que es esencia de la rescisión, o sea, cobrarse con los bienes donados a través de la rescisión de la donación. La presunción de fraude en la donación se obtiene directamente del artículo 1297 CC, pero ello no legitima para ejercitar la acción rescisoria, puesto que ha de concurrir el requisito de la subsidiariedad, de que los acreedores defraudados no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe (arts. 1291 y 1294 CC), y en el artículo 643 CC se expresa lo mismo

con la exigencia de que el donante no se reserve bienes bastantes para el pago de las deudas. No se ve la razón por la que la donación tuviese un régimen especial, distinto del previsto en el artículo 1297 CC, consistente en una asunción *ex lege* de las deudas del donante sin consentimiento de los acreedores del donatario, que pudiera perjudicarles al responder éste de aquellas deudas con sus bienes propios, además de los donados, con la consiguiente repercusión en sus privilegios crediticios si de ellos gozaran legalmente. (STS de 17 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 1 de agosto de 1987, José S. V. y Carmen V. M. otorgaron distintas donaciones a favor de sus hijos José Manuel y María del Mar. El día 25 de febrero de 1993, el abogado del Estado interpuso acción de revocación de esas donaciones por haber sido celebradas en fraude de acreedores. Éste consideraba que dichas donaciones habían perjudicado al Estado indebidamente, como acreedor de las deudas tributarias asumidas previamente por José S. V., relativas al «impuesto de la renta de las personas físicas y tráfico de empresas de los períodos 1981, 1982, 1983 y 1984». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, entre otros motivos, por caducidad de la acción rescisoria; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M.^a B. S.)

15. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—Para poder ser declarada a instancia de la entidad demandante con las consecuencias de rescisión o nulidad del contrato (*sic*) que la cobija, tendentes a restablecer una situación anterior, viene condicionada por la demostrada realidad de un perjuicio concreto que únicamente mediante el éxito de aquella pretensión puede ser reparado. Al tratar de este condicionante en el efecto rescisorio de la acción ejercitada por vía de demanda, no puede prescindirse de la reiteradísima jurisprudencia que exige haber previamente agotado las posibilidades de alcanzar bienes con los que hacer efectivo lo adeudado patentizando la insolvencia del deudor. A estos efectos bastaría «con hacer hincapié en la falta de bienes racionalmente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentos enajenados», estableciendo la base apreciativa en el acto de sustracción de bienes concretos a las posibilidades de los acreedores para reembolsar sus créditos, más el complemento de aquella carencia de otros. (STS de 3 de octubre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Juan R. L. celebró dos contratos de apertura de préstamo con la entidad *Caixa d'Estalvis del Penedès*, en marzo de 1989 y en marzo de 1990 respectivamente. En abril de 1990, Juan R. L. no pagó las cuotas de los préstamos y, con fecha 5 de septiembre del mismo año, vendió una casa a sus suegros Joan P. A. y Rosa A. G. Interpuestos dos juicios en ejecución de los contratos de apertura de crédito, *Caixa d'Estalvis del Penedès* obtuvo ambas sentencias favorables pero no llevó a cabo el trámite de realización del valor de los bienes embargados de Juan R. L. Posteriormente, la entidad bancaria interpuso demanda mediante la que reclamó el pago de las cantidades debidas y los intereses moratorios e instó la declaración de nulidad del contrato de compraventa mencionado por haber sido

celebrado con simulación absoluta. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a Juan R. L. a pagar la cantidad reclamada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por la demandante *Caixa d'Estalvis del Penedès* y declaró la nulidad del contrato de compraventa por simulación. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por Juan R. L. y casó la sentencia recurrida.

NOTA.—La acreedora *Caixa d'Estalvis del Penedès* instó la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado entre Juan R. L. y sus suegros por simulación que recaía sobre su causa. De ese modo se discutía un supuesto de nulidad absoluta de contrato (*ex art. 1276 CC*) y, consecuentemente, parece que debía haber sido suficiente el perjuicio ocasionado por la mencionada compraventa a la entidad bancaria para admitir su legitimación activa y, en su caso, se hubiera debido declarar la nulidad del contrato —como había hecho la sentencia de la Audiencia— con independencia de los bienes que Juan R. L. hubiera conservado en su patrimonio para hacer frente a las deudas derivadas de los contratos de apertura de préstamo. No obstante, el TS admite la validez de la compraventa y únicamente plantea su ineficacia con base en la institución de la rescisión de contratos —acogiendo el motivo del recurso de casación interpuesto por Juan R. L. y así su sentencia resulta desfavorable a la pretensión de *Caixa d'Estalvis del Penedès* por no presentar su acción carácter subsidiario, puesto que ésta no había llevado a cabo el trámite de realización del valor de los bienes embargados de Juan R. L. en los juicios ejecutivos de los contratos de apertura de crédito. Con ese razonamiento el TS se aparta de la doctrina que incluye la acción de nulidad del contrato por simulación entre las posibilidades que legalmente tiene el perjudicado para obtener la reparación del perjuicio y que deben agotarse antes del ejercicio de la acción rescisoria (así, por ejemplo, María Ángeles Zurilla Cariñana, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil (art. 1294)*, Navarra, Aranzadi, 2001, pp.1514-1515; véase también, S de 4 de febrero de 1963). (*J. M.^a B. S.*)

16. Contrato de compraventa de vivienda. Constitución de hipoteca: improcedencia del cobro a los compradores de los gastos de constitución del préstamo hipotecario que grava los pisos adquiridos. Infracción de lo dispuesto en el apartado 11 del artículo 10.1.c) LGDCU.—La improcedencia del pago, con base en lo pactado en el contrato de compraventa, de los gastos de constitución de la hipoteca que grava el piso vendido, es contundente en virtud escrupulosa a lo que al respecto de forma *ad hoc* determina el artículo 10.1.c), 11 LGDCU, que prescribe que las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, deberán cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. Lo que entre otras cosas excluye, a tenor de dicho apartado, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza corresponda al vendedor, como son las

hipotecas para financiar su construcción o su división, y su cancelación. (STS de 1 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. V. L. y otros presentaron demanda contra la entidad P, S. A., solicitando la declaración de nulidad de la estipulación del contrato de compraventa, por la que se repercutía a los compradores el pago de constitución de las hipotecas que gravaban los pisos; así como la devolución de las cantidades pagadas en tal concepto. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación. El TS confirmó la sentencia de la Audiencia y no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

17. Interpretación del requisito de que la solidaridad ha de pactarse «expresamente» contenido en el artículo 1137 CC.—El artículo 1137 CC, establece el principio de la presunción de no solidaridad, para el caso de multiplicidad de deudores o acreedores en toda relación obligacional, en orden a exigir una expresa manifestación a favor de la solidaridad. Ahora bien, esta Sala tiene declarado, como jurisprudencia pacífica, que tal solidaridad no ha de requerir para su establecimiento, su expresión con constancia, expresa, escrita, literal, ni por tanto el empleo específico del vocablo que lo represente, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación (STS de 19 de diciembre de 1991). (STS de 17 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes entablan un juicio sobre reclamación de cantidad contra tres empresas solicitando que se les condene solidariamente al pago de unas dietas que les corresponden por el desempeño de la función de interventores en la suspensión de pagos de dichas entidades mercantiles. El Juzgado de Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso y condena solidariamente a los demandados al pago de una determinada cantidad. El TS no estima el recurso interpuesto por los demandados. (C. O. M.)

18. Intereses moratorios e intereses procesales.—Como dice la S de 11 de noviembre de 1999, esta Sala viene atenuando el automatismo del principio *in illiquidis non fit mora* y declarando la procedencia de los intereses moratorios en aquellos supuestos en los que la cantidad que otorga la sentencia resultaba efectivamente debitada al tiempo del requerimiento de su pago, porque los referidos intereses actúan a medio de sanción al deudor moroso, renuente al pago y la protección judicial al acreedor debe ser completa de sus derechos, y lo que la sentencia viene a realizar es declarar el derecho a la obtención de la cantidad por intereses que pertenecían al acreedor con anterioridad a la decisión judicial (SS de 5 de abril de 1992, 18 de febrero de 1992, 21 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1995) operando ésta en cuanto determina el alcance cuantitativo de la cantidad que produce los intereses moratorios (S de 20 de julio de 1995). (STS de 6 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña María del Carmen H. R. interpuso demanda contra Peixos Victorino, S. A., para reclamarle el pago de determina-

das sumas de dinero por conceptos que la sentencia no especifica. La demandada se defendió alegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado a la entidad *Fidch Traders Limite*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vilanova y la Geltrú estimó la demanda en parte y condenó a *Peixos Victoriano, S. A.*, a pagar determinadas facturas a la demandante. La demandada recurrió en apelación pero la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) desestimó el recurso. En casación, el recurso de la demandante —que el TS desestimó— tuvo un contenido eminentemente procesal. (A. R. G.)

19. Intereses moratorios.—Resulta aplicable a la entidad recurrente el tercer supuesto del artículo 1501 CC porque se ha constituido en mora según el artículo 1100 CC y es precisamente este último precepto el que proclama que «incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación». Por tanto, los intereses deben computarse desde la fecha de la interpelación judicial, por tratarse de una deuda pecuniaria, líquida y vencida y habiendo el deudor incurrido en mora. Como ha declarado la S de esta Sala de 15 de febrero de 1994, hasta la presentación de la demanda no existe una estimación clara exigiendo el pago y como tal intimación supone una declaración de voluntad receptiva, el *dies a quo* debe computarse desde la fecha del emplazamiento.

Distinción entre intereses moratorios e intereses procesales.—La S de esta Sala de 17 de febrero de 1994 diferenció los intereses moratorios y los procesales. Aquéllos encuentran su amparo en los artículos 1101 y 1104 CC y no pueden confundirse con los previstos en el artículo 921 LEC, como recogió la S de 20 de junio de 1994. El devengo de las moratorias tiene lugar desde la presentación de la demanda (S de 18 de noviembre de 1996) siendo la función de tales intereses la indemnización de daños y perjuicios en la demora en el cumplimiento de la obligación, pues la tutela judicial garantizada constitucionalmente exige, no sólo el cumplimiento del fallo condenatorio, sino que el vencedor consiga el pleno restablecimiento de su derecho hasta la *restitutio in integrum*, actuando en este sentido el interés de demora (S de 18 de febrero de 1998).

Cláusula *rebus sic stantibus*.—La jurisprudencia de esta Sala (SS de 27 de enero de 1981, 27 de junio de 1984, 13 de marzo y 6 de octubre de 1987, 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992, 4 de febrero y 15 de marzo de 1994, 4 de febrero de 1995, 29 de enero, 29 mayo y 19 de junio de 1996, 10 de febrero y 23 de junio de 1997) señala: A) Que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida. B) Que no obstante, dada su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales. C) Pero que se trata de una cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela. D) Que su admisión precisa: a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones, y c) Que todo acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. No puede tener lugar tal doctrina cuando el retraso del cumplimiento obligacional resulta unilateral e injustificado. En este caso ha quedado sin acreditar: a) Que la calificación sea definitiva siendo así que

aparece recurrida. *b)* Qué valor alcanzan las fincas compradas después de su calificación y cuál podían ostentar si fueran edificables. Resulta inconcebible que una empresa constructora con dedicación al negocio inmobiliario no haya previsto la variabilidad urbanística de tales terrenos, que no puede decirse que tenga carácter imprevisible, en cuanto suceso imposible de prever o inevitable. Finalmente, el contrato de compraventa celebrado entre las partes constituye un contrato de tracto único, que había sido cumplido de adverso y que no requería sino el pago del precio por la hoy recurrente y en esta clase de contratos la pretendida cláusula *rebus sic stantibus* es de aplicación aún más excepcional que en las de tracto sucesivo, como ha señalado la S de esta Sala de 10 de febrero de 1997. Se trata en definitiva de un normal *periculum emptoris* y no incardinable en la referida cláusula. (STS de 15 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Carmen, doña Josefa, don José Antonio y don Juan C. S., habían celebrado un contrato de compra y venta de unos terrenos con *Emasa Empresa Constructora, S. A.* Con posterioridad, se produjo un cambio en la calificación urbanística de dichos terrenos y la empresa constructora se negó a pagar el precio convenido por los mismos. Ante su incumplimiento, los vendedores interpusieron demanda contra ella ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cartagena, en la que reclamaban a la demandada que pagase la suma de 30.446.000 pesetas en concepto de precio más los intereses legales. En la contestación a la demanda, la demandada alegó que se había producido un cambio de circunstancias que producía o bien que el contrato fuese nulo por invalidez del consentimiento, o bien, subsidiariamente, que el precio tuviese que adecuarse a las nuevas circunstancias de acuerdo con la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. El Juzgado estimó la demanda y condenó a la empresa a pagar el precio. Además, señaló que este precio devengaría el interés a que se refería el artículo 921 LEC 1881, aplicable al caso. Ambas partes recurrieron en apelación. Los demandados entendían que se tenía que haber condenado a *Emasa Empresa Constructora, S. A.*, al pago del interés legal del dinero desde la interpelación judicial. La Audiencia Provincial de Murcia, en S de 7 de julio de 1995, dio la razón nuevamente a los demandantes y añadió a la condena anterior la de pagar también los intereses legales del precio. La empresa demandada volvió a recurrir, esta vez en casación. En su opinión, se había infringido la prohibición de enriquecimiento injusto o sin causa que experimentarían los demandantes a causa de haberse condenado a aquélla a pagar los intereses legales del precio desde la interpelación judicial. Por otro lado, el recurso insistió en que se debía haber aplicado la cláusula *rebus sic stantibus*. El TS desestima ambas pretensiones y declara no haber lugar al recurso. (A. R. G.)

20. Inhabilidad del objeto vendido. *Aliud pro alio*. Incumplimiento.—La jurisprudencia de esta Sala declara que debe entenderse que se produce entrega de cosa distinta (*aliud pro alio*) cuando existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto vendido para poder cumplir la finalidad que motivó su adquisición, lo que ocasiona evidente insa-

tisfacción del comprador e inevitable frustración al tratarse de resultado negativo, por lo que en estos casos ha de otorgarse la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC (SS de 7 y 12 de abril de 1993, 29 de noviembre y 31 de diciembre de 1996 y 4 de diciembre de 1998, entre otras).

Imprudencia de las acciones edilicias.—Las acciones redhibitoria y *quanti minoris* no son aplicables a aquellos supuestos en los que la demanda se dirige a obtener las reparaciones que no procedan de efectivos vicios ocultos, sino las económicas e indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimiento contractual, por haberse hecho entrega de cosa distinta que resultó inservible y que determina que proceda la resolución de la relación contractual con efecto retroactivo. (STS de 10 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *Transmisiones Zaragoza, S. L.*, compró unos «motorreductores» a la empresa *Talleres Metalúrgicos Jordá, S. A.* Al comprobar que éstos presentaban graves averías y resultaban inservibles, la entidad compradora interpuso demanda contra la vendedora, reclamando la resolución de los contratos de compraventa celebrados y una indemnización de los daños y perjuicios producidos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resueltos los mencionados contratos, ordenó a la compradora *Transmisiones Zaragoza, S. L.*, la devolución de los «motorreductores», y condenó a la empresa vendedora *Talleres Metalúrgicos Jordá, S. A.*, a la devolución del importe del precio satisfecho, al pago de sus intereses legales y a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la compradora como consecuencia del incumplimiento contractual. Probado que las máquinas compradas presentaban «graves defectos en su capa cementada, que adolecía de notorias alteraciones cristalinas y fragilidad, lo que actuó como causa suficiente y, por tanto eficiente, para producir rotura de los dientes en los engranajes, con la consecuencia de inutilizar las máquinas y la imposibilidad de su uso correcto», la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la vendedora y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (J. M.^aB. S.)

21. Compraventa. Resolución por incumplimiento: la suspensión del pago del precio no es indefinida ni procede cuando la finca no se halle inscrita en el Registro a favor del vendedor.—A la acción resolutoria general del artículo 1124 del CC puede aplicársele por analogía la doctrina de esta Sala sobre la interpretación del artículo 1502 CC, que no considera causa de suspensión del pago del precio el que la finca no se halle inscrita en el Registro a favor del vendedor, y que niega que la suspensión pueda ser indefinida, dejando de subsistir cuando cesa la perturbación o haya desaparecido el peligro (SSTS de 11 de octubre de 1974, 30 de enero y 4 de junio de 1992).

Modo de renunciar a la facultad de resolución.—La renuncia a la facultad de resolución ha de ser, como toda renuncia de derechos, clara, inequívoca y no deducible de actos de dudosa significación.

Alcance del requisito de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento que ha de darse en el deudor para que la resolución del contrato prospere.—No se trata de una indagación de índole psicológica sobre las

motivaciones del deudor, sino de juzgar sobre sus hechos, debiendo obtenerse de este examen que frustra la finalidad del contrato con su conducta sin causa justificada. (STS de 6 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don A. S. H. vendió un inmueble mediante el precio aplazado a una entidad mercantil. Tras dejar de satisfacer los dieciséis plazos mensuales pactados, el vendedor demanda la resolución del contrato. Se daba la circunstancia que el vendedor tenía la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad su adquisición dentro de una fecha determinada y la cumplió el último día. El juzgado estimó parcialmente la demanda al señalar un plazo impropio de quince días para el pago con sus intereses legales correspondientes con el apercibimiento de que, en caso de no verificarlo, quedaría resuelta la compraventa. La Audiencia confirmó la sentencia del juzgado que fue apelada por el actor. El TS da lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, al declarar resuelta la compraventa. (I. D. L.)

22. Resolución de contrato e indemnización de daños.—La resolución de un contrato no lleva aparejada *ipso iure* la indemnización de daños.

Doctrina constitucional de motivación de sentencias.—La exigencia de motivación de sentencias, reconocida a nivel constitucional en el artículo 120.3 CE, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva y ha sido interpretada por el TC en la S 54/1997 en el sentido de cumplir una doble función: en primer lugar constituye un elemento preventivo de la arbitrariedad ya que permite el conocimiento de las razones que han llevado a un determinado fallo, permitiendo de este modo la interposición de los recursos procedentes. En segundo lugar es un elemento preventivo de la arbitrariedad; esto último no debe traducirse en el derecho a exigir un razonamiento exhaustivo ya que se consideran suficientemente motivadas las sentencias que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. (STS de 12 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—A. C. G. demandó a *Selgas, S. A.*, pidiendo la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre el actor y el demandado, subsidiariamente su resolución y, en cualquier caso, la devolución del precio así como el abono de daños y perjuicios por la imposibilidad de utilizar el autobús objeto del contrato en las condiciones propias del mismo y por no haber podido atender por este motivo los plazos de financiación. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial condenan al demandado a la indemnización de daños sin explicar cuáles son éstos ni el motivo que conduce a tal condena. (B. F. G.)

23. Indemnización del daño moral: prueba: doctrina general.—La jurisprudencia sobre daño moral, aparentemente es contradictoria, pues unas veces indica que la falta de prueba no basta para rechazarlo de plano (STS de 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 febrero de 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 junio de 1991), en tanto que en otras se exige la constatación probatoria (STS de 14 diciembre de 1993), o no se admite la indemnización por falta de pruebas (STS de 19 octubre de 1996).

Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo, sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes; así cuando el daño moral emane de un daño material (STS de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte; pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa que justifica la operatividad de la doctrina *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

El daño moral es aplicable a la responsabilidad contractual y extracontractual.—La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (STS de 22 de mayo de 1995), relativa e imprecisa (SSTS de 14 de diciembre de 1996 y 5 de octubre de 1998), y que iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (SSTS de 9 de mayo de 1984, 27 de julio de 1994, 22 de noviembre 1997, 14 de mayo y 12 de julio de 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (STS de 19 de octubre de 1998), aunque las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad, algunas con regulación legal. Ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista, con fundamento en el principio de indemnidad, ora en las relaciones de vecindad o abuso de derecho (STS de 25 de julio de 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (SSTS de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998, 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996), aunque no es permitido pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

Daño moral en el retraso en el transporte aéreo de personas.—El daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, habiendo declarado la jurisprudencia que tales situaciones se dan en el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990), zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS de 12 de julio de 1999). En el presente caso no pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo, pero sí cuando los viajeros no han sido debidamente informados y atendidos durante la espera, o no se les facilita comunicación con los lugares de destino. Ahora bien, también son indemnizables aquellas situaciones en las que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo que carece de justificación, como ocurre en este caso: 1) el retraso obedeció exclusivamente al interés particular de la compañía (traslado de un motor para avión propio a una escala intermedia); 2) retraso importante, aquí de diez horas; 3) situación de afeción en la esfera psíquica, al regresar de viaje de novios, preocupación por perder un día de trabajo, imposibilidad de buscar solución sustitutiva y prepotencia de la compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su como-

dad, con desprecio de la contraparte, sin sacrificio alguno por la suya. (STS de 31 de mayo de 1999; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor contrató con la TWA el transporte suyo y de su esposa, el 13 de agosto de 1999, desde Nueva York hasta Barcelona, sufriendo un retraso de diez horas por la conveniencia de la empresa de transportar en el mismo vuelo un motor para otro avión de la empresa, averiado en Lisboa (escala obligada). En la demanda se cifraba en 70.000 dólares USA la cuantía de la indemnización por daño material y moral. El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, estimó parcialmente la demanda, pero rechazó la indemnización de 70.000 dólares por lucro cesante (*sic*), si bien cifró en un millón de pesetas la cuantía de la indemnización a percibir por todos los conceptos, La Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó parcialmente el recurso de la TWA, y redujo a 250.000 pesetas la indemnización por daño moral. El TS (Pte.: Sr. Corbal Fernández) rechazó el recurso de casación interpuesto por la compañía aérea, sentando una importante doctrina sobre indemnización *ex contractu* por daño moral, aquí extractada. Es de advertir que la terminología sobre el daño utilizada en los autos, es imprecisa.

NOTA.—El transporte aéreo de personas, de actualidad mundial por los luctuosos hechos del 11 de septiembre de 2001, se presta a múltiples consideraciones jurídicas, así en el presente caso, con invocación de la Ley de 1984, se impugnan determinadas cláusulas o condiciones generales del contrato (exoneración de responsabilidad por retraso, sumisión a los Tribunales de Nueva York), pero el recurso se centra en la indemnizabilidad del daño moral. Por lo demás, el triunfo final de la parte actora es más bien *moral* (valga la redundancia) vista la sustanciosa rebaja de cuantía de la indemnización concedida que se llevó a cabo por la Audiencia Provincial. No cualquier retraso genera indemnización, pero sí cuando concurre el carácter injustificado, su importancia (lo es el de diez horas) y su impacto psíquico (¿se supone siempre por aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*, o se denegará al viajero flemático con mucha experiencia?). Sentencia bien construída que avanza prudentemente en esa senda abierta por la jurisprudencia para indemnizar el daño moral por incumplimiento de contrato. (G. G. C.)

24. Concepto de crédito refaccionario.—Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia existe un concepto amplio de crédito refaccionario, ya que se entiende que el crédito refaccionario no se limita al préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio sino que también abarca cualquier crédito vinculado a obras de reparación, construcción o mejora de bienes. Sin embargo, este concepto amplio de crédito refaccionario no incluye cualquier crédito que tenga su origen en un suministro de bienes o servicios relacionado con un bien inmueble, ya que la jurisprudencia ha considerado que sólo existe crédito refaccionario cuando el acreedor ha ejecutado la obra en el edificio o ha suministrado elementos que se integran de forma fija en él (SSTS de 21 de mayo de 1987 y 9 de julio de 1993). El hecho de que los bienes suministrados sean inmuebles por destino o pertenencia no es sufi-

ciente para que el crédito pueda calificarse de refaccionario. Además, cuando la Ley hipotecaria hace referencia al crédito refaccionario lo asocia a la ejecución de una obra y no al suministro o venta de maquinaria industrial (arts. 42.8, 60, 61, 63, 64 y 92). Por tanto, aquel crédito que tenga un origen ajeno a una obra (como es por ejemplo el suministro de maquinaria industrial) no se puede calificar de refaccionario. (STS de 21 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Industrias Electromecánicas G.H.* suministró a la empresa *Boetticher y Navarro, S. A.*, maquinaria pesada para el desarrollo de su industria. *Industrias Electromecánicas* interpuso demanda contra *Boetticher y Navarro* y contra los interventores de su suspensión de pagos, en la que solicitaba que se declarase a la demandante titular de un crédito refaccionario o bien, si no se estimaba la anterior petición, que se declarase que era titular de un crédito privilegiado del artículo 1922.1 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Contra esta sentencia, la empresa demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. La empresa *Boetticher y Navarro* interpuso recurso de casación contra la sentencia de apelación. El TS estima el recurso al entender que el suministro de maquinaria pesada para el desarrollo de una industria, aunque es un bien inmueble por destino, no da lugar a un crédito refaccionario porque no está vinculado a ninguna obra. Por tanto, el TS considera que la parte demandante es titular de un crédito privilegiado del artículo 1922.1.º CC. (M. V. V.)

25. Contrato de arrendamiento financiero o *leasing*. Doctrina general.—En el contrato de arrendamiento financiero o *leasing* concurren tres partes, la empresa de *leasing* que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el proveedor que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y éste, el usuario, que celebra el contrato con la empresa de *leasing*, y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo. Tal contrato de *leasing*, como dice la S de 28 de noviembre de 1997, es una institución del derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial. Es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de libertad que proclama el artículo 1255 CC (S de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.ª en su apartado 1.º de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte en el apartado 8.º de dicha DA se dice que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto

social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición (S de 3 de febrero de 2000).

Preferencia de créditos. Fecha a tener en cuenta.—La preferencia del crédito no se deriva necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, ya que debe darse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva. Cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura, y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

Preferencia de créditos. Equiparación de las pólizas intervenidas por corredor de comercio o agente de cambio y bolsa a las escrituras públicas.—Respecto al apartado a) del artículo 1924.3.º indicado, las escrituras de que habla deben equipararse a las pólizas intervenidas por corredor de comercio o agente de cambio y bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1218 CC, 93 CCO y 596 LEC. Ahora bien, la preferencia a que se refiere dicho apartado es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, atendiendo a los propios términos de su contenido o redacción, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación y fijación o determinación del saldo deudor (así SS de 4 de julio y 3 de noviembre de 1989, 9 de julio de 1990, 20 de septiembre de 1991, 7 de abril de 1995 y 29 de abril de 2000, entre otras).

Preferencia de créditos. Distinción entre pólizas de préstamo y pólizas de crédito.—En la póliza de préstamo se considera que la cantidad exigible es, desde el momento de constitución de la póliza correspondiente, que es cuando se realiza, efectivamente, la transferencia dineraria, resultando ya deudor el prestatario, mientras que la póliza de crédito supone una concesión de unas posibilidades dinerarias con límite prefijado, de las que está disponiendo el cliente o deudor, de tal forma que únicamente se podrá exigir el descubierto a reintegrar cuando se haya practicado la correspondiente liquidación en la que se constaten exactamente las cantidades percibidas a cuenta de dicha póliza por parte del cliente, por lo que es, justamente, la fecha de liquidación del saldo la determinante de la cronología a efectos de la preferencia.

Preferencia de créditos. No equiparación de la póliza de contrato de arrendamiento financiero con la de préstamo.—Esta equiparación supondría afirmar que en el efecto trasferencial, el usuario recibe íntegramente una cantidad dineraria exactamente igual a la del prestatario en la póliza de préstamo y esta semejanza no es posible aceptarla.

Contrato de arrendamiento financiero. Función práctica en comparación con el contrato de préstamo.—El usuario lo que recibe es el uso de la cosa con la obligación de reintegrar el pago de las cuotas periódicas hasta el resarcimiento total del importe de la cosa cuyo uso le ha sido transferido, o sea, lo que caracteriza al *leasing*, en su versión de arrendamiento financiero, es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica, que explica e integra su función económico-social o práctica, es la necesidad de un objeto y, además, según la DA 7.ª, apartado 1, de la

Ley 26/1988, su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica, porque precisa o desea dicha cosa y carece de soporte económico para adquirir su dominio, o por otras razones, reservándose su facultad de adquisición para un tiempo posterior mediante el mecanismo de la opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver el *tantundem*, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante es recibir dinero, se financia la empresa, mientras que en el *leasing* se financia directamente la adquisición del objeto (S de 16 de mayo de 2000). (STS de 5 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Lico Leasing, S. A.*, celebró el 23 de marzo de 1989 dos contratos de arrendamiento financiero o *leasing* con *Pedro Jurado, S. A.* Ante el incumplimiento de ésta, la sociedad de *leasing* promovió un juicio ejecutivo y el 26 de febrero de 1991 practicó la liquidación de la deuda con intervención de un Corredor de Comercio. La sentencia de remate se dictó el 8 de enero de 1992. El 7 de junio de 1989, la *Caja de Ahorros de Córdoba (Cajasur)* había celebrado también con *Pedro Jurado, S. A.*, un contrato de cuenta corriente que se formalizó en una póliza. Ante el incumplimiento de la misma, *Cajasur* liquidó el saldo debido ante Corredor de Comercio el 10 de octubre de 1990 y promovió otro juicio ejecutivo el 1 de abril de 1991. La sentencia de remate recayó el 29 de junio de 1992. *Lico Leasing, S. A.*, interpuso una demanda en la que ejercitaba la tercería de mejor derecho en el juicio ejecutivo promovido por *Cajasur*. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Jaén reconoció la mejor condición del crédito de ésta y rechazó la tercería. La tercerista recurrió en apelación pero la sentencia recurrida fue confirmada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén el 25 de septiembre de 1995. *Lico Leasing, S. A.*, recurrió entonces en casación, donde insistió en la tesis de que su derecho era preferente al de *Cajasur* porque la fecha que debía de tenerse en cuenta a efectos de determinar la preferencia era la de formalización del contrato de *leasing*, que era anterior a la de otorgamiento de póliza de contrato de cuenta corriente de *Cajasur* con la sociedad deudora. El TS desestima el recurso y confirma la preferencia de la entidad de crédito frente a la de *leasing*. Según la sentencia extractada, lo determinante es que la tercerista liquidó la deuda ante Corredor de Comercio después de que lo hubiese hecho *Cajasur*.

NOTA.—La STS de 9 de noviembre de 1998 (ADC 2000-III, pp. 1257-1259) ya equiparó la póliza de *leasing* intervenida por Corredor de Comercio colegiado a la escritura pública a efectos del artículo 1924.3.º a) CC. Esto resta importancia a la argumentación de la sentencia aquí extractada sobre la imposibilidad de equiparar la póliza de *leasing* a la de préstamo, imposibilidad que el TS basa en la distinta función de uno y otro contrato y que parece discutible en la medida en que se atribuya también al primero una función de financiación (como hace, entre otros, Francisco Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, 11.ª, Valencia, Tirant, 1998,

p. 379). Lo verdaderamente relevante parece haber sido, pues, que la póliza de *leasing* no había sido intervenida por Corredor de Comercio. (A. R. G.)

26. Novación extintiva y modificativa: diferencias.—El deslinde o separación entre la novación extintiva y la meramente modificativa o impropia debe hacerse tomando en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación. En todo caso, mientras el vínculo originario subsista y no se varíen las condiciones principales, existirá tan sólo novación modificativa o impropia (SSTS de 26 de mayo de 1981, 22 de noviembre de 1982 y 26 de julio de 1987, entre otras muchas).

Apreciación de la clase de novación: facultad de la instancia.—Entender si nos hallamos en presencia de una u otra clase de novación y de señalar si se dan los requisitos de una u otra, constituye facultad de la instancia (SSTS de 31 de mayo de 1994 y 10 de septiembre de 1997, entre otras).

Prueba de los daños y perjuicios.—Los daños y perjuicios han de ser probados y derivados del incumplimiento (SSTS de 22 de julio de 1995 y 1 de abril de 1996, entre otras muchas). (STS de 23 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.— La parte actora compró a la demandada una finca por la que entregó a cuenta del precio diez millones de pesetas. En los dos meses siguientes al día del vencimiento del resto del pago aplazado, la vendedora (después demandada) otorga un poder a favor de la compradora (después demandante) autorizándola a vender la finca. En virtud de ese poder la compradora realiza dos ventas parciales de la finca. Con posterioridad la parte vendedora del primer contrato enajena la finca a un tercero. La parte actora presenta demanda reclamando que se condene alternativamente a la vendedora a: *a*) respetar el contrato suscrito (con la obligación de readquirir la finca enajenada u otra equivalente y transferirla a la actora) más indemnización de daños y perjuicios; o, *b*) la resolución del contrato con la condena del pago de los diez millones entregados más los intereses, así como la indemnización de daños y perjuicios sufridos en concepto de daño emergente y lucro cesante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y condena a los demandados a que reintegren a los demandantes la cantidad de diez millones de pesetas más los intereses y desestima el pago de otros perjuicios. El TS desestima los recursos interpuestos por los demandantes y los demandados. (C. O. M.)

27. Venta de inmueble por precio alzado y como cuerpo cierto. Interpretación del contrato. Disminución de cabida cuando ésta se ha expresado en el contrato.—Cuando es vendido un inmueble, para la determinación del mismo no es necesario que sean precisadas en el contrato las dimensiones o la medida, pudiendo tener esta indicación dos significaciones bien distintas: primero, que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, en cuyo caso si después resulta que el inmueble tenía dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcionalmente, en más o en menos, hipótesis de la

venta de inmuebles por unidad de medida o número prevista y disciplinada por los artículos 1469 y 1470 CC; y segundo, que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas, hipótesis regulada por el artículo 1471 del propio cuerpo legal (S de 30 de septiembre de 1992). En todo caso, la ley presume que la determinación de las dimensiones del inmueble no ha tenido para las partes valor esencial siempre que falte la indicación del precio concreto por unidad de medida y que dicha determinación constituye «tan sólo una superabundancia de datos, que es una presunción de valor absoluto» (S de 25 de febrero de 1997, entre otras). (STS de 21 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 18 de enero de 1991, la entidad *María Asunción C. O.* vendió un solar a *Proaba S. A.* El contrato de compraventa expresaba la superficie edificable del solar, así como que la vendedora cedía a la compradora un proyecto de urbanización que preveía la construcción sobre el mismo de veintitrés viviendas y locales comerciales. Al comprobar que resultaba de menor cabida que la expresada en el proyecto, la compradora *Proaba S. A.*, interpuso demanda mediante la que reclamó a la vendedora *María Asunción C. O.* la entrega del solar con la superficie descrita en el mismo y, para el caso que el cumplimiento resultara imposible, indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la compradora y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*J. M.^a B. S.*)

28. Plazo de caducidad de la acción *quantum minoris*: cómputo del plazo civil.—El plazo de caducidad de la acción *quantum minoris* objeto del actual proceso, está establecido legalmente en seis meses, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1490 CC; y debe en el presente caso empezar a contarse a partir del 27 de julio de 1990, por lo que terminará el 27 de enero de 1991.

Pero teniendo en cuenta que el referido plazo es un plazo civil, que no puede confundirse con un plazo procesal, no hay lugar a dudas que a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 CC, y al tratarse de un plazo fijado por meses, el referido plazo debe computarse de fecha a fecha y sin excluirse los días inhábiles.

Por lo que en el presente caso, la demanda iniciadora de la presente contienda judicial se tenía que haber presentado como último día el 27 de enero de 1991, y no el 28 como así se hizo, sin que quepa, por caer aquel en domingo, aplicar lo dispuesto en el artículo 185.2 LOPJ, o sea prorrogar el plazo de vencimiento al siguiente día hábil; pues ello sería confundir el concepto de plazo procesal con el de sustantivo, pues para éste no rige tal precepto, sino el artículo 5 CC, que no tiene en cuenta los días inhábiles para el procedente cómputo. (STS de 28 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los recurrentes —compradores de una vivienda— reclaman a la vendedora el saneamiento por los vicios ocultos —humedades— aparecidos en el piso. El Juzgado estima la excepción de falta de legitimación pasiva. La Audiencia, entrando en el fondo de la cuestión, absuelve a la demandada. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por los compradores. (*R. G. S.*)

29. Compraventa de bienes inmuebles. Resolución por incumplimiento del comprador. Relación entre los artículos 1504 y 1124 CC.—Sobre la relación entre los artículos 1504 y 1124 CC, cabe destacar que: *a)* el artículo 1124, como precepto genérico, se refiere a todo tipo de contratos bilaterales, cuando se incumpla por alguno de los obligados lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado, en su caso, podrá instar la resolución, aunque ese remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una «facultad resolutoria implícita en las recíprocas»; y *b)* el artículo 1504 CC, como norma específica, sólo juega en la venta de inmuebles, y ante la clase de incumplimiento por impago del precio, sancionándose, entonces, que «aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho de resolución, el comprador podrá pagar aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido... y hecho el requerimiento del Juez no podrá concederle nuevo término». La doctrina de esta Sala ha declarado el carácter compatible y complementario de ambos preceptos, por lo que será indispensable que concurren los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción derivada del artículo 1124 para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1504 (SS de 5 de septiembre de 1990 y 22 de enero de 1991, entre otras). (STS de 26 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Juan Manuel S. J. vendió un local comercial a Ramón A. J. y Francisco A. J. con precio a plazos. No habiendo satisfecho uno de los plazos convenidos, el vendedor requirió su pago a los compradores por vía notarial pero los mismos no entregaron la cantidad debida en el plazo de diez días que aquél les concedió voluntariamente. El vendedor Juan Manuel S. J. demandó la resolución del contrato de compraventa y solicitó indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los compradores y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.— Aunque el TS invoca una vez más la doctrina sobre la relación entre los artículos 1504 y 1124 CC (véase, por ejemplo, Francisco Jordano Fraga, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. (Estudio Jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 23-56), esa sentencia merece comentario porque el Tribunal considera aplicable la norma general de resolución por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos (art. 1124 CC), sin ejercer la facultad de señalar un plazo para cumplir que se halla prevista en el párrafo tercero de esa norma —lo mismo habían hecho las sentencias de instancia—. Sin embargo, más bien parece que hubiera debido aplicarse el régimen de resolución de la compraventa inmobiliaria previsto por el artículo 1504 CC; y en este caso, no habiéndose practicado requerimiento resolutorio judicial ni notarial —el vendedor únicamente había efectuado requerimiento de pago, se hubiera debido admitir el pago posterior de los compradores. (J. M.^a B. S.)

30. Contrato de leasing o arrendamiento financiero.—El contrato de arrendamiento con opción de compra o *leasing* ha sido expuesto reiterada-

mente por doctrina y jurisprudencia. Así, la S de 28 de noviembre de 1997 dice: institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial, es un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC (S de 26 de junio de 1989). Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la DA 7.^a en su apartado primero de la Ley de 29 de julio de 1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término, en favor del usuario. Por otra parte se dice en el apartado octavo de dicha DA que las sociedades de arrendamiento financiero tendrán como objeto social exclusivo la realización de operaciones de arrendamiento financiero prevista en la presente disposición. Doctrina que han seguido sentencias posteriores (como SS de 21 de noviembre y 2 de diciembre de 1998, 20 de noviembre de 1999 y 19 de enero de 2000).

Calificación de los contratos.—No sólo la interpretación, sino también la calificación del contrato es función que corresponde al Tribunal de instancia, sin que sea revisable en casación a no ser que sea ilógica, absurda o contraria a norma legal (así SS de 22 de febrero y 30 de mayo de 1997, 24 de febrero de 1998, 19 de junio de 1999 y 7 de febrero de 2000).

Contrato de *leasing* y contrato de compraventa de bien mueble a plazos.—En el presente caso la calificación del contrato como arrendamiento financiero o *leasing* es acertada. Ciertamente, hay sentencias que califican el contrato como de compraventa de bien mueble a plazos, pero, como dice la de 30 de julio de 1998, habrá que probar que medió un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opera como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos (así en el caso de la S de 29 de mayo de 1989; por el contrario, la de 7 de febrero de 2000 calificó el contrato de *leasing* rechazando la argumentación de la parte de que se trataba de compraventa a plazos).

Resolución del contrato de *leasing*.—La resolución por impago de cuotas fue contemplada por las SS de 31 de julio de 1996 y de 7 de febrero de 2000. Resolución, por cierto, que también se aplica al impago del precio de la compraventa. (STS de 20 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—*Urquijo Leasing, S. A.*, celebró un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* de un vehículo con don Pedro, don Victoriano y doña Blanca G. C. Al incumplir éstos su obligación de pagar las sumas de dinero pactadas, la sociedad de *leasing* declaró resuelto el contrato e interpuso demanda contra ellos para que le restituyesen el vehículo y le pagasen una indemnización de daños además de la pactada como pena convencional. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Segovia estimó la demanda pero los demandados recurrieron en apelación. Al ver que la Audiencia Provincial de Segovia confirmaba esta sentencia, los mismos recurrie-

ron en casación por un motivo de carácter puramente interpretativo, como es entender que se había vulnerado el artículo 1281 CC al haber calificado el contrato como *leasing* y no como compraventa a plazos de bien mueble. El TS rechaza el argumento y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—La cuestión de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento financiero o *leasing* era posiblemente irrelevante en este caso concreto, puesto que había quedado probado el incumplimiento resolutorio de los demandados. Con todo, se afirma que esta sentencia defiende la asimilación del *leasing* al préstamo (M.^a Cristina Fernández Fernández, «El leasing frente al pacto comisorio», *RDM* 239, 2001, pp. 201-230, p. 212). (A. R. G.)

31. Responsabilidad decenal del arquitecto.—Las obligaciones del arquitecto superior son del siguiente tenor: 1) que la construcción se ejecute en cuanto a su forma con arreglo a las normas constructivas especificadas en el proyecto o, si alguna quedara sin especificar, de lo que se decidiera en la obra; 2) de que se ejecute con arreglo a las normas legales y técnicas que rijan la realización del proyecto; 3) de que la obra ejecute el proyecto aceptado y contratado, con el mantenimiento de sus formas, dimensiones, calidades y utilidad (S de 23 de diciembre de 1999). Y como expresa la STS de 19 de noviembre de 1996, «corresponde al arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, debiendo hacer constar en el libro de órdenes las que hubiere impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están obligados a su estricto cumplimiento. De suerte que no basta con hacer constar las irregularidades que aprecie, sino que debe comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales». La posición doctrinal reflejada en esta STS es mantenida, entre otras, en las de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989 y 10 de noviembre de 1994. (STS de 25 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—*Ruvigar, S. A., y Promociones Ostende, S. A.*, interpusieron demanda contra *Coopecons Cántabra*, doña María Isabel D. G. y don Juan José C. S. para reclamarles el pago de una cantidad de dinero por las obras que los primeros habían realizado en ciertas viviendas y garajes sitos en la Villa de Castro-Urdiales. Al parecer, estas edificaciones padecían vicios ruinógenos que habían propiciado que las mismas quedasen inundadas. Los demandantes atribuían este hecho a la participación de los demandados como constructora, arquitecto superior y aparejadora, respectivamente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Laredo estimó la demanda y condenó a los demandados a pagar como deudores solidarios la suma de dinero reclamada. Estos recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Santander, Sección 1.^a, revocó en parte la sentencia de instancia excluyendo la responsabilidad del arquitecto en cuanto a los vicios de los garajes. Los demandantes, disconformes con este fallo, recurrieron en casación. El TS estima el recurso dado que, según señalaba ya la sentencia de instancia, el arquitecto debe comprobar

que la obra se construye de conformidad con el proyecto o, en caso contrario, renunciar a continuarla. (A. R. G.)

32. Contrato de arrendamiento de obra. Acción directa del artículo 1597 CC. Doctrina general.—La existencia de deuda del dueño de la obra (legitimado pasivo de la acción del art. 1597 CC) respecto del contratista (deudor principal), así como los condicionantes del vencimiento y la exigibilidad, constituyen *quaestio facti*. No es de ver qué perjuicio se puede producir en las relaciones contractuales del dueño de la obra con el contratista, si se tiene en cuenta que el límite objetivo de la acción que se enjuicia lo constituye la cantidad que el primero adeuda al segundo en el momento de la reclamación de los trabajadores o suministradores de materiales.

Solidaridad.—La doctrina jurisprudencial viene declarando (SS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 22 de diciembre de 1999 y 6 de junio de 2000) que la responsabilidad del dueño de la obra y el contratista para con los titulares de la acción del artículo 1597 CC es solidaria. La situación concursal en que se puede encontrar la empresa contratista no tiene incidencia alguna en el proceso declarativo en el que se ventila la acción del artículo 1597 CC.

Relación del artículo 1597 CC con el artículo 1257 CC.—No cabe estimar que se pueda producir infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 CC, porque la norma del artículo 1597 constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiendo la doctrina de esta Sala (SS de 29 de abril de 1991, 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000). (STS de 27 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S. A.*, era promotora de determinadas obras y deudora de la empresa constructora de las mismas, *Ibérica de Construcciones y Estructuras, S. A.* A su vez, ésta lo era de *Hermanos García Santiago, S. A.*, por determinados suministros e instalaciones realizados por esta última en las mismas obras. Para cobrar su deuda, *Hermanos García Santiago, S. A.*, interpuso demanda en la que reclamaba el pago a la empresa constructora como deudor principal y a la promotora en virtud de la llamada acción directa del artículo 1597 CC. El Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Madrid estimó la demanda y su fallo fue confirmado por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid. Contra la sentencia de esta última, la *Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S. A.*, interpuso recurso de casación en el que alegaba que se había producido una infracción del principio de relatividad de los contratos, por condenarle a pagar una cantidad a una empresa que no había contratado directamente con ella. El TS subraya la deficiente fundamentación del recurso y lo desestima por las razones expuestas más arriba. (A. R. G.)

33. Contrato de arrendamiento de servicios médicos: incumplimiento del deber de información: responsabilidad del otorrinolaringólogo por secuela de sordera total.—El deber de información es de cargo directo

y personal del facultativo que va a realizar la intervención, pues éste debe conocer la trascendencia y alcance de la misma, detallando las técnicas disponibles, que, en el presente caso eran dos, la *estapedectomía*, que fue la utilizada, y la *estapedotomía*, no empleada, y si bien ambas resultan aptas y convenientes, la primera presenta porcentaje doble de complicaciones respecto de la segunda; no se transmitió información previa y, en todo caso, sería insuficiente sobre las alternativas, privándose al recurrente de conocer el verdadero alcance y consecuencias de dichos métodos, por lo que se le despojó de la libertad de elección de una técnica u otra, e, incluso, de poder desistir de la intervención, al no presentarse la misma como urgencia quirúrgica, pues los informes periciales resultan contundentes en cuanto precisan que si la operación no se hubiera efectuado, la hipoacusia hubiera empeorado, pero no ocasionaría la sordera, consecuencia inmediata de la operación, la que aparecería transcurrido unos veinte años, tiempo que le facilitaría desempeñar su cometido profesional de alto empleado bancario, en el que hubo de cesar después de la operación por acuerdo con el Banco C. T. en el que prestaba sus servicios.

Incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.—En el presente caso la relación médico-enfermo se presenta más bien como propiamente contractual al haber tenido lugar la intervención en centro privado, lo que permite encuadrar la información médica omitida en el ámbito de la necesidad de actuar conforme a la buena fe, lo que exige la previa información, que es iniciativa exclusiva del médico como requisito previo para que el enfermo pueda emitir un consentimiento conforme a los artículos 18 y 22 del Código de Deontología Médica, 7.1, 1107 y 1258 CC, 43 y 51.1.º y 2.º CE, 2.1.d) y 13 de la Ley de 1984. (STS de 26 de septiembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 52 de Madrid, como la de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimaron íntegramente la demanda y la alzada. El TS estima el recurso (Pte.: Villagómez Rodil), si bien reduce a la mitad la cuantía de la indemnización reclamada (desde setenta a treinta y cinco millones de pesetas como consecuencia de la sordera total del oído izquierdo). Ausente todo aspecto juspublicista, la sentencia enmarca los hechos dentro de un contrato civil de arrendamiento de servicios médicos en el que se incumple básicamente el deber de información, a cargo del facultativo, que acertadamente se integra en la *lex artis ad hoc*. La operación no era absolutamente imprescindible (la hipoacusia que padecía, de no ser operada, progresaría lentamente), y la decisión para no acceder a ella se vio dificultada por el incumplimiento de aquel deber. No se dan razones justificativas para reducir la indemnización a la mitad de la cuantía solicitada, aunque el monto sigue siendo importante. (G. G. C.)

34. Préstamos usurarios. Libertad de apreciación por los Tribunales: alcance.—El artículo 2 de la Ley «Azcarate», de 23 de julio de 1908, contra la usura, da una libertad de apreciación a los órganos judiciales tan absoluta en esta materia, que los juzgadores pueden formar su convicción sin prueba alguna, aunque no se impide que se tenga en cuenta el material probatorio obrante en el pleito. El uso de la especialísima facultad discrecional para resolver estas cuestiones alcanza también al TS, por lo que, para que el recur-

so de casación no se convierta en una tercera instancia, procedería aceptar los hechos fundamentales de la sentencia recurrida y en tanto no se encuentren en manifiesta disconformidad con las resultancias demostradas. No obstante, el TS no puede hacer dejación de las facultades que el legislador le atribuye, de definir lo que en cada caso concreto consiste en un interés superior al dinero o manifiestamente desproporcionado (cfr. SSTS de 26 de abril de 1989, 30 de septiembre de 1991 y 14 de septiembre de 1992, entre otras).

Calificación de interés notablemente superior al normal del dinero.—La STS de 10 de diciembre de 1992 dice que no merece la calificación de interés notablemente superior al normal del dinero el fijado en 20 por 100; la STS de 6 de noviembre de 1992 llega a la misma conclusión respecto al interés del 22 por 100; la de 22 de septiembre de 1992 se refiere al interés del 18 por 100 y la de 18 de febrero de 1991 al 19,50 por 100. (STS de 10 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de un contrato de préstamo dinerario suscrito entre la entidad mercantil actora (prestataria) y las dos compañías demandadas (prestamistas), se instrumentaron una serie de letras de cambio que fueron aceptadas, así como, dos opciones de compra concedidas por la actora a favor de una de las demandadas. Quedó acreditado que los intereses referidos al impago de las cambiales ascendieron a un tipo alrededor del 19 por 100. La petición de la actora, que consistía en la declaración de nulidad del contrato de préstamo por estar ínsito en la Ley sobre represión de la usura y en la declaración de nulidad por simulación absoluta de las escrituras de opción de compra, no prosperó en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (I. D. L.)

35. Inexigibilidad de una deuda derivada de un juego ilícito.—El ordenamiento no tolera aquellos juegos de azar desarrollados fuera de los lugares autorizados para ello, de modo que no concede ninguna acción para reclamar la cantidad ganada. Esto supone que en una deuda que deriva de un juego prohibido, el hecho que el deudor no la pague no significa que actúe contra su anterior conducta y, por tanto, que infrinja la doctrina de los actos propios. La existencia de un contrato en el que el deudor se comprometa al pago de la deuda derivada de juego no convalida la inexigibilidad de la obligación derivada de juego prohibido. (STS de 8 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don José R. y don Alejandro R. celebraron una partida de bacarrá en un lugar no autorizado. Como resultado de esta partida, que perdió don Alejandro R, los dos hombres celebraron un contrato de dación en pago de las deudas de juego, en virtud del cual don Alejandro R debía entregar a don José R. unos solares y una suma de dinero. Don José R. interpuso demanda contra don Alejandro R. en la que reclamaba que se condenase al demandado a otorgar la escritura pública de aquellos solares así como entregar la cantidad de dinero. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Esta sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial de Jaén, que desestimó el recurso. La parte actora interpuso recurso de casación ante el TS. El TS declara no ha lugar el recurso porque

el ganador de un juego prohibido no tiene acción para reclamar lo ganado. (M. V. V.)

36. Culpa extracontractual: muerte de trabajador al caer de un andamio: competencia civil: evolución jurisprudencial.—La jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS es la que debe invocarse en el recurso de casación civil, cuando se trata de un proceso cuya demanda rectora se funda en el artículo 1902 CC; dicha jurisprudencia ha mantenido la competencia del orden jurisdiccional civil sobre la base de la compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles, con la excepción representada por las SSTS de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero y 20 de marzo de 1998, todas de la Sala 1.^a, a las que se agregan las de la Sala de lo Social del TS, y el Auto de la Sala de Conflictos de 4 abril 1994. La doctrina tradicional se ha mantenido, sin confirmar el mencionado giro jurisprudencial, en SSTS de 21 de marzo y 19 de mayo de 1997, 13 de julio, 13 de octubre, 18, 24 y 30 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, siempre que, como en este caso, la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo, sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC. (STS de 7 de julio de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta mayoritaria la jurisprudencia de la Sala 1.^a, que sigue declarando su propia competencia cuando se reclama indemnización en accidente laboral con invocación del artículo 1902 CC y no con base en el incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, pareciendo que se ha cerrado el paréntesis representado por las tres sentencias que se citan. No es posible predecir si tal jurisprudencia se mantendrá, o si intervendrá nuevamente el legislador; no deja de advertirse cierta artificiosidad en la argumentación básica de la Sala 1.^a (G. G. C.)

37. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: responsabilidad de Cooperativa que contrata a técnico.—El técnico contratado por la Cooperativa lo fue para la realización del proyecto y la dirección de obra, asumiendo la Cooperativa comitente la ejecución material de la obra con los operarios, entre ellos el fallecido, incorporados a su plantilla; la sentencia recurrida funda la responsabilidad de la recurrente, no sólo en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, sino, y esto es más trascendente, en «encomendar la ejecución material de obras de envergadura, complicadas y dificultosas, hasta el punto de precisar de un proyecto redactado por ingeniero superior, y de dirección técnica del mismo, y peligrosas, a un grupo de albañiles (dos peones y tres oficiales) sin poner al frente de los mismos a un encargado de obras o un capataz, lo que constituye una patente negligencia.

Solidaridad impropia: interrupción de la prescripción.—Según se reitera en STS de 3 de diciembre de 1998, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada *solidaridad impropia*, por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos de responsabilidad extracontractual, cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad; ello se traduce en que la interrupción de la prescripción por parte de alguno aprovecha por igual a todos los acreedores y deudores, según estable-

ce el artículo 1974 CC y reitera la jurisprudencia; los telegramas a través de los cuales se formularon las correspondientes reclamaciones interruptoras de la prescripción, los dirige la madre en nombre de sus cuatro hijos, lo que implica la existencia de una mandato, siquiera verbal, de los hijos mayores a favor de su madre, mandato ratificado con la demanda inicial de estos autos.

Inexistencia de concurrencia de culpas.—Para apreciar la concurrencia de culpas es necesario que resulte probada la existencia de una acción u omisión imputable a la víctima que pueda ser calificada de culposa o negligente, que interfiriendo en el curso causal de los hechos, lo anule en el primer caso, o sin anularlo en el segundo, contribuya a la producción del resultado dañoso; pero declarado probado por la sentencia recurrida que no existieron instrucciones verbales acerca del modo de realizar el trabajo, que hubieran sido desatendidas por el fallecido, y no estando probada otra conducta negligente o culposa del imputable, decae el recurso.

Intereses moratorios: carácter ilícido de la indemnización por muerte.—Conforme a las SSTS de 20 de junio de 1994 y 19 de abril de 1999, no puede estimarse como líquida la cantidad a que se contrae la conducta pronunciada sino desde la fecha de la sentencia, pues tratándose de indemnizar los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de una persona, y dada la facultad privativa del juzgador de instancia para fijar el *quantum* indemnizatorio, es claro que la liquidación del daño producido sólo se produce con la sentencia condenatoria, y ello aunque la cantidad señalada en el fallo coincida con la pedida en la demanda, cuantía ésta que no vincula al juzgador sino en cuanto no puede conceder más de lo pedido. (STS de 15 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La demanda se interpone el 25 de septiembre de 1991, y en ninguna de las instancias se hace valer la excepción de incompetencia jurisdiccional (que, no obstante, es de orden público). La muerte del obrero se produce al desmoronarse la pared de una zanja, no entibada, de cuatro metros de profundidad y un metro aproximado de anchura. El monto de la indemnización solicitada, de dieciocho millones de pesetas, ha sido aceptado en todas las instancias, con la única salvedad del comienzo del devengo de intereses moratorios, que el TS fija acertadamente en la fecha de la sentencia de primera instancia. La argumentación ha girado siempre en torno a los artículos 1902 CC y concordantes, cumpliendo así la doctrina jurisprudencial mayoritaria, según STS de 7 de julio de 2000, publicada en este ADC. (G. G. C.)

38. Unidad de la culpa: muerte de arrendatario por electrocución al tocar frigorífico de casa arrendada.—Por pacífica que haya sido en el proceso la calificación de la responsabilidad como extracontractual, no puede soslayarse que el resultado dañoso tiene por causa el incumplimiento de las obligaciones de entrega de cosa idónea y de conservación correcta de la misma, que se imponen a la parte arrendadora con base en los artículos 1101 y 1564 CC. Pero ello no es óbice al mantenimiento de las sentencias de instancia porque esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones, contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y a la misma realidad, aunque tienen diversa regulación positiva; las SSTS de 28 de junio de 1997, 2 y 10 de noviembre y 30 de diciembre de 1999, mantienen decidi-

damente que en atención a la llamada *unidad de la culpa*, cuando un hecho dañoso constituye violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidad y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente; por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala que el cambio de calificación o de fundamento jurídico, que no altere el resultado de la acción, no da lugar a la casación.

Concurrencia de culpas.—La conducta omisiva de los arrendadores fue la causa de que se produjera el suceso, al cual coadyuvó la conducta del propio fallecido, por lo cual la indemnización de treinta millones de pesetas se redujo a algo más de ocho millones.

Acto de conciliación: interrupción de la prescripción extintiva.—Es doctrina de esta Sala que la acción procesal, en cuanto ejercicio del derecho ante un órgano jurisdiccional, como interruptor de la prescripción extintiva, se produce por acto de conciliación, aunque no se fije en la misma la reclamación dineraria, siempre que se recoja la fundamentación fáctica o jurídica; lo cual responde a la filosofía de la prescripción, tanto si se entiende que responde al abandono del derecho —fundamento subjetivo—, como a la seguridad jurídica general —fundamento objetivo—, y, en todo caso, coincide con su mismo concepto que se integra por los presupuestos de inactividad del derecho y transcurso del tiempo, y no se puede pensar en el primero a la vista del acto de conciliación del presente caso. (ST^S de 7 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre la unidad de la culpa es reiterada desde antiguo, y aquí la sentencia se limita a recordarla. La conducta culposa de la víctima que concurre en la producción del hecho luctuoso, parece que ha de ser de notable entidad (se solicitó la suma de treinta millones en la demanda, el Juzgado de Primera Instancia concedió alrededor de dos millones y medio de pesetas, y la Audiencia Provincial la elevó a algo más de ocho millones), si bien en la sentencia no hay datos sobre los hechos constitutivos de la misma. La novedad de esta sentencia radica en el criterio amplio con que concibe la conciliación como acto interruptivo de la prescripción extintiva, coherente con el disfavor con que se trata esta última (Pte.: Sr. O'Callaghan Muñoz). (G. G. C.)

39. Culpa extracontractual: muerte por explosión de extintor de incendios en realización de prácticas: actitud culposa de la empresa responsable del curso de protección contra incendios.—La víctima era jefe de máquinas de *Isleña de Navegación S. A.*, con alto grado de formación técnica, y asistía como alumno al «Curso de protección contra incendios y supervivencia en la mar», de primer nivel, que impartía la empresa *Lainsa*, empleándose en las prácticas extintores portátiles de polvo, revisados dos años antes; la víctima fue el primer alumno en recibir las enseñanzas, y después de realizar un disparo de prueba, cogió y cargó con el extintor, de peso aproximado de dieciséis kilos, en cuyo momento saltó el sistema de tapa del gas impulsor, ocasionándole la muerte por traumatismo cervical; las condiciones de seguridad del extintor no eran las de inocuidad debidas, pues si en la primera manipulación nada ocurrió, la explosión subsiguiente no se ha derivado del solo y obligado hecho de cargar el extintor por el alumno, a quien nadie ha imputa-

do un hacer defectuoso, mientras que no puede entenderse eficazmente cumplido por la empresa *Lainsa* su deber de vigilancia y comprobación del estado de mantenimiento de todos y cada uno de los elementos que proporcionaba en su actividad docente; en consecuencia, la actitud de la empresa, no vigilante ni revisora ha sido la única causante del resultado, que obliga a estimar la pretensión actora, que trae consigo la pretensión reparatoria cuya medida ha de determinarse, según se pide en función de los datos establecidos en el suplico (ingresos que por su trabajo aportaba el fallecido, situación familiar, daño moral que su muerte acarrea y circunstancias de la víctima y perjudicados en su nivel de pensionistas por viudedad y orfandad) que ha de fijarse en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en la medida que corresponda, según indican SSTS de 18 julio y 19 de octubre de 1996. (STS de 13 de octubre de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Vázquez Sandes) por ser contrarias las sentencias recaídas en instancia y por el fino análisis de los hechos en que se basan aquellas sentencias absolutorias. En efecto, parece que la inicial sentencia penal absolutoria ha servido de apoyo fáctico casi exclusivo a las sentencias absolutorias civiles, frente a lo cual se arguye que *estos discursos resolutivos no se ajustan a las exigencias mínimas de razonamiento que viene exigiendo la jurisprudencia*; acto seguido, en el 2.º FD se realiza ejemplarmente una revisión de los hechos que indebidamente se dan por probados en el proceso civil. Una conclusión se impone: quienes con cierta ligereza se lanzan a organizar cursillos, *masters*, estudios propios o enseñanzas de cualquier tipo, deben cuidar las medidas de seguridad a su cargo, para no incurrir en responsabilidad, tanto contractual como extracontractualmente. En el presente caso una persona altamente cualificada en razón a su profesión, acude a un cursillo de especialización (probablemente de elevado precio) y encuentra la muerte por negligencia de la empresa responsable de aquél. Sentencia plenamente de aprobar. (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte por derrumbe de tapia: no hay responsabilidad de los dueños del terreno circundado: encargo a empresa autónoma.—Es doctrina reiterada (SSTS de 4 de enero de 1982, 9 de julio de 1984, 27 de noviembre de 1993, 4 de abril de 1997 y 11 de junio de 1998) que cuando se trata de contratos entre empresas, no determinantes de relación de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1903 CC, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga una obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder por los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia o dirección.

Inaplicación del artículo 1907 CC.—La sentencia recurrida declara que la caída de la tapia vino motivada por deficiencias en la ejecución de la misma, y que ésta no presentaba un estado que permitiese a un profano apreciar esas deficiencias, siendo inaplicable el artículo 1907 CC que viene referido al supuesto de que se produzca la ruina de un edificio —entendido en sentido amplio, comprensivo de cualquier género de construcción— única y

exclusivamente como consecuencia de la falta de las reparaciones necesarias por parte de su propietario, pero no cuando tal caída o ruina sea debida a la intervención o interferencia de un tercero que, con su extraña conducta, la produzca, como dice la STS de 9 de marzo de 1998.

Identidad del constructor de la tapia: presunciones.—No puede calificarse de ilógica o contrario a las reglas del criterio humano la conclusión a que llega la Sala de instancia al considerar al ahora recurrente como constructor de la tapia por encargo de los propietarios del solar, siendo de destacar la deslealtad procesal en que ha incurrido este último, al tratar de ocultar la titularidad de la empresa constructora.

Fuerza mayor inexistente: responsabilidad del constructor.—Si bien está probado que en el día y hora en que se produjo la caída de la tapia se produjeron fuertes vientos, igualmente resulta acreditado que la caída del muro fue debida a su defectuosa ejecución, al no haberse construido de forma correcta, lo que hubiera permitido resistir el empuje de los vientos de fuerza superior a los habidos en el momento de ocurrir los hechos; la circunstancia de que tales vientos fueran infrecuentes no implica que sus efectos sobre las construcciones sean inevitables, adoptando las normas de una buena construcción, que en el caso no fueron observadas. (STS de 29 de septiembre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: muerte de obrero portuario por atropello de máquina de grandes dimensiones.—El artículo 1902 CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad social siempre cambiante (art. 3.1 CC) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa; en las dos últimas décadas esta Sala ha mantenido que la persona que causa el daño, lo hace por dolo o por culpa, pues de no haber sido una y otra, no habría causado —nexo causal— el daño, y, asimismo, ha tomado en consideración, cada vez más, de la omisión como causa del daño y se ha referido reiteradamente a la negligencia omisiva; el caso de autos acredita un sistema de actuación y un sistema de organización que no evita el atropello y muerte de un ser humano y éste es la imputación causal y el reproche culpabilístico que se hace a la empresa code mandada.

Responsabilidad de la empresa: artículo 1903, párr. 4.º, CC.—La obligación de reparar el daño producido por un empleado o dependiente en el ejercicio de su trabajo, es una responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*; lleva consigo la obligación de reparar el daño, prescindiendo de la culpabilidad del autor material del mismo.

Falta de responsabilidad del autor material de la muerte.—La declaración de hechos probados relativos a la actuación de este codemandado, conductor de la máquina, impide totalmente cualquier clase de reproche culpabilístico al mismo; en todo caso, no le resultaría aplicable el artículo 1902 sino el 1092 CC. (STS de 9 de octubre de 2000; ha lugar.)

NOTA.—A diferencia de otras sentencias (por ej. la de 29 de junio de 2000, publicada en este número del *ADC*, relativa a la muerte de una niña en actividades extraescolares) la aquí anotada se caracteriza por su parquedad fáctica, que lleva a una extremada con-

cisión en su redacción lo que impide conocer los hechos básicos. Parece que en el puerto de Valencia un obrero portuario es atropellado mortalmente al circular una máquina de grandes dimensiones. El Juzgado de Primera Instancia condena a la empresa propietaria de la máquina y a la Compañía aseguradora, al pago de veinticinco millones a los herederos del accidentado, absolviendo al conductor; la Audiencia Provincial, al conocer de la alzada, absolvió a todos los demandados, pero el TS estima el recurso y confirma la de primera instancia. Surgen algunas dudas: ¿accidente de tráfico o laboral? No hay pronunciamiento al respecto ni dato alguno en los autos, de modo que la argumentación gira exclusivamente en torno a preceptos del Código civil; si la máquina está habilitada para circular y el interior del puerto se considera vía pública, parece que estaríamos en el primer supuesto. Los escasos datos fácticos permitirían contemplar un caso de responsabilidad por riesgo, respecto de la cual hay abundante doctrina jurisprudencial, pareciendo por ello menos necesaria formular la que parece novedosa y se extracta en primer término, y que, sin embargo está en contradicción con otras declaraciones jurisprudenciales de este mismo año (por ej. STS de 30 de junio de 2000, en la que viene a diferenciarse tajantemente la relación de causalidad y la culpabilidad del sujeto agente, con prueba igualmente diferenciada). (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte de niña de cuatro años en actividades extraescolares ocurrida en 1990.—El accidente ocurre el 12 de noviembre de 1990 con ocasión de una salida educativa al campo, regulada como actividad complementaria, aprobada por el Consejo Escolar del Centro; tres profesores del mismo se encargaron de cincuenta y siete niños con edades comprendidas entre los tres y los cinco años, siguiendo una ruta conocida de años anteriores y que no planteaba, en principio, riesgos para los niños; a las cuatro de la tarde una niña del grupo dijo a una profesora que la niña Melania se había caído a un pozo, sin que antes ninguno de los tres profesores se apercibiesen de la separación del grupo de aquellas niñas, y que la primera se precipitó en el interior de un pozo, e, incluso no se habían dado cuenta de la proximidad del mismo al camino, fácilmente visible por sus signos externos a siete metros de distancia del margen del camino; ha quedado reflejada la actuación ejemplar de los profesores en el control de los menores después del accidente, e, incluso, heroica por parte de uno de ellos en el rescate de la menor caída al pozo, que permitió sacarla con vida aunque no pudieron impedir que falleciese días después por causa de las lesiones sufridas.

Competencia de la jurisdicción civil: derecho transitorio: responsabilidad del Centro y del Ministerio.—Según jurisprudencia constante (últimamente STS de 10 de abril de 2000), procede en este caso establecer la responsabilidad directa del Ministerio de E. y C. por aplicación del artículo 1903 CC, puesto que los padres delegan las funciones de control y vigilancia de los alumnos en el centro de enseñanza desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce su salida ordenada, sin que ello se altere por la práctica de una actividad complementaria que se llevaba a efecto como actividad escolar, siendo el Colegio Público, a través de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, concretado en los tres profesores mencionados, que debía ser más

exquisito sobre niños de tan corta edad; la más correcta interpretación del apartado 5.º del artículo 1903 CC, aplicable al hecho, determina que el Estado responde de los daños causados por sus funcionarios, siempre que éstos actúen dentro del ámbito que les sea propio. La competencia de la jurisdicción civil, antes del cambio del panorama competencial operado por las Leyes de 1992 y 1998, venía determinado tanto por la naturaleza meramente civil de la acción, como por los artículos 40 y 41 LRJAE de 1957, vigente en la fecha de producción del accidente, todo lo cual es ratificado por esta Sala, añadiendo que, ante el giro legislativo producido, por razones de seguridad jurídica conviene respetar los criterios competenciales precedentes para los asuntos iniciados antes del cambio legislativo, pues su quiebra perjudicaría el principio de la tutela judicial efectiva.

Acumulación de acciones contra la compañía aseguradora.—Sin perjuicio de que las acciones acumuladas tienen distintos títulos y distintas causas de pedir, ello es inoperante al provenir ambas del mismo hecho causante, el fallecimiento de la niña en actividades extraescolares, del que se deriva la responsabilidad del Ministerio de E. y C., en relación con la diligencia desplegada por sus organismos docentes, mientras que la de la compañía aseguradora deriva de la asunción del riesgo al producirse el siniestro, por lo cual por elemental coherencia procede su acumulación.

Culpa levísima de los profesores acompañantes.—El grupo de cincuenta y siete alumnos parece excesivamente numeroso en la relación número de alumnos/profesor, que hace pensar en una falta de diligencia previsor, imputable tanto a los profesores que realizaron la actividad, como a la dirección, e, incluso, al Consejo Escolar que la aprobó; pero la ausencia de riesgos en una ruta ya conocida, y la circunstancia de que los profesores no solicitaron colaboración de los padres, como en otras ocasiones se había llevado a cabo, permite exculpar a la Dirección; todo ello sin perjuicio de la calidad humana y profesional evidenciada tras producirse tal aciago hecho. (STS de 29 de junio de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Se aplica aquí la ya conocida doctrina de la Sala 1.ª que recaba para sí la competencia en los casos de derecho transitorio, anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1992, que, según esta última, sería competencia de la Sala 3.ª del TS. El Abogado del Estado puso cuestión de competencia por declinatoria, que fue desestimada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, condenando a los tres profesores intervinientes en la actividad, al Ministerio de E. y C. y a la aseguradora, absolviendo a la directora del Centro y reduciendo a la mitad el *quantum* de la indemnización (de veinte a diez millones). La negligencia, aunque sea levísima de los profesores salta a la vista, pues, matemáticamente, cada uno de ellos debía cuidarse de diecinueve niños de corta edad a lo largo de una marcha a través del campo. La absolución de la directora resulta menos convincente: ¿estaba, o no, facultada para imponer un cuarto profesor acompañante? ¿Podría impedir la actividad extraescolar en cuestión, de no cumplirse una hipotética orden-recomendación suya? ¿Podría ras- trearse, en el presente caso, una posible concurrencia de culpas ya que en el Consejo Escolar tienen voz y voto un 25 por 100 de

padres, que no parece objetaron ni se opusieron a la actividad, aunque no consta que perteneciera al mismo los padres reclamantes? Demasiadas preguntas sin respuesta en casos, demasiado frecuentes, en que la responsabilidad corre el riesgo de diluirse en órganos de composición plural y numerosa. (G. G. C.)

43. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: muerte de menor de siete años por causas no aclaradas: competencia de la jurisdicción civil cuando se demanda a los facultativos intervinientes.—La jurisprudencia de esta Sala ha venido reconociendo con reiteración, jurisdicción a los órganos judiciales del orden civil para el conocimiento de los litigios relativos a la responsabilidad médica cuando han sido demandados conjuntamente los servicios estatales de la Seguridad Social, o las instituciones equivalentes de las CCAA a las que se han transferido competencias en esta materia, y los médicos que prestan sus servicios en los centros sanitarios dependientes en aquellos organismos; en supuesto idéntico, por razones temporales al actual, así lo declara la STS de 7 de marzo de 2000, cuyo FJ 3.º se da aquí por reproducido.

Interrupción de la prescripción extintiva: acción penal contra uno de los codemandados: solidaridad impropia.—La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la llamada «solidaridad impropia», por la necesidad de salvaguardar el interés social en supuestos del artículo 1902 y ss. CC, cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad, en estos casos, de establecer cuotas de responsabilidad en la responsabilidad; este principio de responsabilidad solidaria se traduce en que la interrupción de la prescripción en estas obligaciones aprovecha y perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, como establece el artículo 1974 CC y reitera la jurisprudencia; así que interrumpida la prescripción por el ejercicio de acción penal contra uno de los médicos codemandados, ha de declararse la pervivencia de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual frente a todos los codemandados.

Principio culpabilista de la responsabilidad civil médica.—Según STS de 10 de noviembre de 1997 «para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia de un tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de medios y sanitarios en general, queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida para los daños de otro origen, siendo imprescindible que a la relación causal, material o física, haya de sumarse el reproche culpabilístico, que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo o, más generalmente, en la existencia de una acción culposa o negligente en tal aplicación».

Inexistencia de culpa en el pediatra de guardia, y en el médico que prescribe suero glucosado.—Respecto del pediatra de guardia no hay datos en las actuaciones que permitan apreciar una conducta negligente en las dos ocasiones en que intervino acerca del menor fallecido; en el momento de la llegada de éste al centro hospitalario adoptó todas las medidas procedentes en estos casos, y no supone error médico alguno al no atribuir el nivel de glucosa en sangre al menor, superior al normal, a que éste fuese diabético, teniendo

en cuenta que no existían antecedentes de que lo fuera y que ese aumento podía deberse a otras causas, como la situación de estrés en que se encontraba el menor; tampoco se aprecia negligencia por su actuación en el momento en que fue llamado para asistir al enfermo que se hallaba bajo un fuerte shock, adoptando las medidas adecuadas, en unión de la anestesista que estaba presente, para tratar de sacar al menor de esa situación, sin que el hecho de que su intervención no tuviese el éxito deseado arguya que actuase negligentemente. Tampoco puede apreciarse una conducta médica negligente en el doctor que, de conformidad con los cirujanos que intervinieron al menor, prescribe alimentación parental con sueros glucosados, ordenando análisis completo y control de glucocemia, glucosuria y cetonuria mediante tiras reactivas, prescripciones que en modo alguno se acreditan contrarias a una práctica médica correcta, atendido que el niño enfermo había sido mantenido, desde la intervención quirúrgica, con dieta absoluta e hidratación parental, habiéndose mantenido vigilancia y control de hiperglucemia y cetonuria, no existiendo antecedentes que permitiesen apreciar que el niño padecía diabetes.

Indefinición de la causa de la muerte: enfermo de diabetes no declarada: no hay relación de causalidad.—Ante la indefinición de la causa de la muerte, que un médico forense atribuye a la diabetes, aunque admite que la sintomatología puede darse en procesos ajenos al coma diabético, y un catedrático de pediatría que afirma que el niño no murió como consecuencia de una diabetes, y que los aportes de suero glucosado, junto otros nutrientes, no fueron responsables de la muerte, no permiten establecer una relación de causalidad entre el fallecimiento y la conducta de los médicos codemandados, que tampoco puede calificarse de culposa o negligencia, aun admitiendo que la causa de la muerte fuera la afirmada por el forense. (STS de 23 de octubre de 2000; ha lugar.)

NOTA.—Extraña singladura procesal del presente recurso interpuesto por la parte actora (madre del niño de siete años fallecido en un Hospital Comarcal del Servicio Andaluz de la Salud) que, si bien resulta estimado, en realidad lo es para desestimar su pretensión indemnizatoria. El niño es ingresado el 15 de junio de 1988 aquejado de dolores abdominales en un Hospital Comarcal del SAS, siendo intervenido al día siguiente; las tasas de glucemia apreciadas con tiras reactivas resultan elevadas; el día 20, mantenido el enfermo con dieta absoluta, se le prescribe alimentación parental mediante sueros glucosados; el día 21 el niño entra en shock agudo falleciendo a las ocho horas. Practicado inmediatamente un análisis *post-mortem* de sangre, arroja elevadísima cifra de glucosa.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozoblanco, como la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba se declaran incompetentes por falta de jurisdicción. La Sala 1.ª del TS estima el recurso y afirma la competencia de la jurisdicción civil, pero entrando en el fondo, absuelve a los médicos y al Servicio Andaluz de la Salud; por su parte el Magistrado Sr. Gullón Ballesteros formula Voto particular, proponiendo la desestimación del recurso, dado que aunque la muerte del niño ocurre en 1988 (la sentencia por error dice 1998) y podía parecer aplicable la ley de 1992, sin embargo, a su juicio, la competencia era ya del orden contencioso-administrativo.

En relación con la competencia civil de estas situaciones, que he calificado de *transitorias* por ocurrir los hechos antes de entrar en vigor la Ley de 1992, parece mayoritario el parecer de la Sala 1.^a del TS para atraerla a sí (v. STS de 20 de julio de 2000, en este mismo *ADC*). En cuanto al fondo, el tema básico es determinar si el hecho de no detectar la enfermedad de la diabetes en el menor intervenido forma parte de la *lex artis ad hoc*, cuya omisión origina la *culpa virtual* de los médicos y del SAS, solución a la que me inclino. Utilizar como argumento decisivo para negar la relación de causalidad, la indefinición de la causa de muerte por los peritos, me parece eludir la obligación de valorar libremente dicha prueba. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: graves secuelas de tratamiento anestesiológico.—La sentencia recurrida declara probado que concurrió efectiva omisión sanitaria en el tratamiento anestesiológico, ya que se produjo acceso epidural, generador de las graves secuelas que afectaron al enfermo, por consecuencia de falta de diligencia y previsión, dado que no se practicaron en ningún momento cultivos ni análisis para descartar la presencia de gérmenes en la sangre al tiempo de someter al paciente a las anestésicas que se le practicaron, así como tampoco se adoptaron las medidas de asepsia convenientes, pues tenía implantado un catéter tipo permeable; y ambas omisiones, no acomodadas a la *lex artis ad hoc* bien por sí, o concurriendo juntas, son determinativas en la práctica médica de la causación del acceso epidural sufrido.

Responsabilidad del INSALUD: culpa virtual médica.—La resultancia práctica declarada probada es base suficiente para decretar negligencia en el funcionamiento de los servicios médicos del INSALUD que atendieron al actor, y autoriza el reproche culpabilístico, por darse evidente falta de diligencia intensa y, a su vez, ausencia de agotamiento de medios, ya que de haber observado una actuación médica normal, el resultado de salud negativo no se presenta lógicamente compatible, y, al contrario, cuando surge la anomalía es bien indicativa de que el tratamiento adoleció de fallos, lo que ha llevado a la doctrina anglosajona y francesa a la elaboración de la culpa virtual médica.

Responsabilidad directa aunque no se demande a los médicos.—La doctrina de esta Sala se ha pronunciado en decretar la responsabilidad del INSALUD aunque no se hubiese demandado al personal sanitario que hubiera desarrollado alguna actividad médica en la procura de lograr la salud del enfermo, pues su responsabilidad resulta directa (SSTS 30 de julio de 1991, 6, 11 y 15 de marzo de 1995, 11 de marzo y 14 de julio de 1996, y 16 de diciembre de 1998, entre otras), incurriendo en la responsabilidad del artículo 1903.4.º, en relación al artículo 1902, ambos del CC. Además la historia clínica que la sentencia recoge, pone de manifiesto que el enfermo fue objeto de plurales asistencias, tanto en la *Residencia Nuestra Señora de Alarcón* de Ciudad Real, en la clínica *La Luz* y en el *Hospital 12 Octubre* de Madrid, todas ellas del INSALUD.

Nexo causal.—La sentencia sienta el origen del deterioro en su salud que afectó al enfermo, por consecuencia de la negligencia sanitaria en que incurrió el INSALUD en la prestación de medios y adopción de medidas sanitarias que se imponían como necesarias; es decir, concurre actuar culposamente,

sión precisada y resultado negativo dañoso corporal, lo que evidencia la presencia de nexo causal suficiente y eficiente para poder decretar las responsabilidades que se postulan en la demanda.

Inexistencia de caso fortuito y fuerza mayor.—Para apreciar concurrencia de caso fortuito ha de tratarse de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que se exija adoptar en cada supuesto concreto, y no procede ante un comportamiento negligente con dotación suficiente de causalidad, en cuanto a no haber aportado los medios y previsiones que la ciencia médica facilitaba para evitar el empeoramiento del paciente en este caso. Tampoco se puede considerar estado de fuerza mayor, la que actúa imponiendo inevitablemente el resultado dañoso ocasionado; es decir, ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión, y que excluye toda intervención de culpa alguna por los concurrentes (SSTS de 2 de abril y 15 de diciembre 1996). (STS de 20 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Aunque no se plantea en instancia el problema competencial, parece claro que los hechos ocurrieron antes de entrar en vigor la Ley de 1992 (la demandada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ciudad Real se interpone en 1991), por lo que estamos ante un caso de derecho transitorio, La cuantía inicialmente reclamada era de quince millones de pesetas, pero el Juzgado de Primera Instancia la reduce a ocho millones, cuantía que, a lo largo del proceso, queda inalterada. Puede considerarse doctrina jurisprudencial la admisión de la llamada culpa virtual médica (ver STS de 15 de julio de 2000, en este mismo ADC). (G. G. C.)

45. Responsabilidad del fabricante: LGDCU: daños por rotura de catéter: prueba.—La cuestión litigiosa gira en torno a la culpa o negligencia por la rotura de un catéter, el cual, con ocasión del preoperatorio derivado de una lesión sufrida por el actor en el dedo índice de la mano izquierda, fue introducido en una vía venosa, se rompió, se trasladó hasta el ventrículo derecho del paciente y quedó alojado en la arteria pulmonar principal segmentaria, por lo cual aquél fue sometido a una grave intervención quirúrgica para la extracción directa de dicho instrumento, de lo que se derivaron lesiones de las que tardó en curar doscientos cuarenta y seis días, y le quedó como secuela una cicatriz en la parte anterior del tórax; está acreditado con la máxima certeza que el catéter se rompió en el momento en que, de manera adecuada, fue usado, y como en su manejo no hubo manipulación alguna que haya causado su fractura, hay que concluir que ésta procedió de causa inherente al mismo catéter, y aunque entre las posibles no haya sido identificada cuál fue, por no haberse realizado una investigación concreta, con caracteres de conocimiento e imparcialidad razonablemente exigibles, en todo caso lo que resulta verificado es que hubo una *auto-fractura*; el Juzgador de instancia precisa que no puede válidamente argumentarse con que los demás instrumentos fabricados en la misma época hayan funcionado debidamente, porque cada unidad es independiente de las otras, de modo que la sentencia recurrida se asienta en los presupuestos de la LGDCU. (STS de 11 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia de aprobar (Pte.: Sr. García Varela) porque el artículo 27.1.a) LGDCU establece que el fabricante responde de la idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad, y también porque el artículo 28.1 de la misma impone la res-

ponsabilidad de los daños originados en el correcto uso de bienes, cuando por su propia naturaleza incluyen necesariamente niveles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación que exigen controles técnicos o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario; todo lo cual concurre en el presente caso en el que la demanda se estima contra los laboratorios fabricantes del catéter. (G. G. C.)

46. Responsabilidad objetiva de la LGDCU: muerte por explosión de gas butano: acumulación de gas en la parte inferior de la cocina.—El gas butano causante de la explosión era suministrado a la demandante por la compañía demandada, en virtud del correspondiente contrato suscrito entre las partes; la explosión se produjo con ocasión del uso que la demandante hacía del producto o servicio así adquirido; la bombona que contenía el gas suministrado se encontraba en perfectas condiciones, al igual que los restantes elementos accesorios de la misma, de modo que la explosión ha sido la consecuencia de una anómala concentración de gas en la estancia donde se produjo el suceso, al tratar la demandante de encender uno de los fuegos de su cocina a primera hora de la mañana, después de estar toda la noche sin funcionar; la causa de la explosión se debe a que la dependencia destinada a cocina carece de oportuna salida en la pared para evitar la acumulación de gas butano en la parte inferior de la misma, siendo esta deficiencia la verdadera causante del daño, omisión que la sentencia recurrida imputa a la empresa suministradora, y que se rebate ineficazmente señalando la hipótesis de que la usuaria hubiera cambiado de dependencia la cocina entre la realización de la inspección técnica y aquel en que ocurrieron los hechos; la responsabilidad objetiva que establece la Ley de 1984, para los productos o suministradores de los servicios que a la misma se refiere, sólo desaparece cuando el daño o perjuicio sean causados por culpa exclusiva del perjudicado o de las personas por las que debe responder civilmente.

Interrupción extrajudicial de la prescripción.—Tanto si se trata de culpa contractual, como extracontractual, ha de estimarse interrupción de la prescripción, pues se declara probado que los abogados de las partes habían telegrafiado a *Repsol Butano, S. A.*, manifestando la intención de reclamar los daños y perjuicios, invitando a la destinataria a llegar a un acuerdo transaccional, sobre sus respectivos intereses en la cuestión, lo que constituye algo más que una mera declaración de intenciones, y constituye una forma de reclamación extrajudicial del acreedor a que alude el artículo 1973 CC. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

47. Muerte por explosión de gas butano: onus probandi.—Probado resulta que el luctuoso accidente que costó la vida a la esposa y a un hijo del actor, tuvo como causa determinante la defectuosa unión de la campana del calentador al conducto de evacuación que favoreció la salida de monóxido de carbono a la cocina, lo que descarta una posible utilización del calentador o la existencia de un incendio o explosión como causa del siniestro, declarándose asimismo que la vigilancia y control del buen estado y funcionamiento de las instalaciones corresponde a *Repsol Butano, S. A.*; tales declaraciones no violan la regla de la carga de la prueba pues no se violan las reglas de su distribución cuando el Tribunal ateniéndose a los medios de prueba obrantes en autos, extrae unas consecuencias, siendo indiferente qué parte aportó tal prueba al

proceso (STS de 13 de diciembre de 1999); la función que desempeña el artículo 1214 CC es la de determinar para quién se deben producir las consecuencias desfavorables cuando unos hechos controvertidos, de interés para resolver cuestiones del pleito, no han quedado suficientemente probados (STS de 15 de diciembre de 1999). (STS de 13 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia (Pte.: Sr. Almagro Nosete) y la de 25 de octubre de 2000 (en este *ADC*) suponen una acertada rectificación del criterio sustentado por la reciente STS de 30 de junio de 2000 que, en supuesto muy similar (muerte y lesiones por explosión de gas butano), desestima el recurso interpuesto por los perjudicados, prescindiendo de la aplicación de la LGDCU. Queda claro que la vigilancia sobre el buen estado y funcionamiento de las instalaciones recae íntegramente sobre la empresa suministradora. (*G. G. C.*)

48. Culpa extracontractual: responsabilidad derivada de la Ley de caza: daños y perjuicios causados en fincas particulares por el pastoreo de animales salvajes procedentes de los aprovechamientos cinegéticos colindantes.—La Ley de caza de 1970 y su Reglamento de 1971 regulan una responsabilidad marcadamente objetiva que autoriza a los propietarios de las parcelas afectadas para exigir el resarcimiento de los daños ocasionados, incluso aunque no se haya determinado en forma concreta la procedencia de los animales (*ciervos y jabalíes en este caso*) que, en busca de alimentos, se desplazan de sus propias reservas; ha de entenderse el término *procedencia* en sentido amplio para referirlo a las zonas donde los animales viven en libertad y que abandonan, al salir de las mismas, contando con las facilidades necesarias para ello, para entrar en fincas privadas que no son su propio refugio natural asignado; ello ocasiona la responsabilidad establecida reglamentariamente a todos los titulares y dueños de los acotados colindantes [art. 35.1.b) del Reglamento y STS de 15 de julio de 1982].

Responsabilidad de los Ayuntamientos que arriendan los aprovechamientos cinegéticos.—Dado que los Ayuntamientos tienen inscrito registralmente el dominio de los montes de propios, y ostentan su propio dominio, les corresponden sus utilidades cinegéticas (art. 6 Ley), las que no explotan directamente sino que las tienen cedidas a arrendatarios que son los efectivos titulares del aprovechamiento cinegético de los montes, y ello determina la aplicación del artículo 33, apartado 1.º, de la Ley y artículo 35 del Reglamento, en cuanto establecen la responsabilidad directa y solidaria de los que resultan adjudicatarios del uso y disfrute del aprovechamiento cinegético que les ha sido cedida por vía contractual, y también la responsabilidad subsidiaria de los propietarios de los terrenos; en el primer caso se está en el caso de una responsabilidad por culpa en cuanto que dichos titulares deben adoptar las medidas precisas y necesarias para evitar que los animales abandonen los espacios acotados, lo que representa negligencia por incumplimiento de cargas de vecindad (STS de 14 de julio de 1982).

Gradación legal de responsabilidades: obsta a la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la solidaridad tácita.—Al establecer la Ley de Caza una gradación de responsabilidad entre titulares del aprovechamiento cinegético y propietarios de los terrenos, no es posible aplicar la doctrina jurisprudencial

dencial sobre solidaridad tácita. (STS de 30 de octubre de 2000; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

49. Responsabilidad civil de Magistrados componentes de una Sala de lo contencioso de Tribunal Superior de Justicia: requisitos.—La doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de Jueces y Magistrados es muy reiterada y está muy consolidada (SSTS de 5 de octubre de 1990, 23 de septiembre de 1994, 17 de diciembre de 1996 y 6 de febrero de 1998), debiendo descansar forzosamente en actuación dolosa o culposa del Juez o Magistrado, que se constata cuando ha infringido una ley sustantiva o procesal, siempre que en este caso esté sancionada su infracción con la nulidad de la actuación o trámite correspondiente, que ha de ser calificable de manifiesta para que sea cohonestable con la «voluntad negligente o ignorancia inexcusable» a que alude el artículo 903 LEC (derogada), pues de otra suerte solamente podrá conceptuarse como simple «error judicial» o «deficiente o anormal funcionamiento de la Administración de Justicia», como lo designan los artículos 121 CE, 410 LRJAE, y el artículo 292 LOPJ, en cuyo caso es el Estado, y no el Juez o Magistrado personalmente el que asume la responsabilidad inherente.

Divergencia de criterio con otra Sección del Tribunal Superior de Justicia.—El hecho de mantener la sentencia dictada por los Magistrados demandados un criterio distinto del mantenido en sentencia posterior de otra Sala del mismo Tribunal Superior de Justicia, no es constitutivo de dolo o culpa, sin que la sentencia judicial ni la resolución administrativa sean fuente del derecho, ni el criterio interesado y subjetivo de la parte demandante pueda prevalecer sobre el criterio objetivo y desinteresado de la sentencia dictada por los demandados.

Caducidad.—Es de apreciar el plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 905 LEC (derogada), a contar desde el día en que se dictó la sentencia, cuya eficacia consiste en la extinción fatal de un derecho de duración limitada, en el que no cabe interrupción (SSTS de 11 de octubre de 1985, 14 de diciembre de 1993 y 12 de febrero de 1996); la sentencia se dictó el 21 de mayo de 1998 y la demanda se interpuso el 22 de diciembre de 1998, momento en que dicho plazo había transcurrido ya, sin que fuera interrumpido por un escrito de aclaración, de contenido improcedente, y que no puede alargar el breve plazo semestral para interponer la demanda de responsabilidad civil. (STS de 13 de septiembre de 2000; desestimatoria.)

HECHOS.—Al tratarse de una acción de responsabilidad civil contra los Magistrados de la Sala de un Tribunal Superior de Justicia resulta competente la Sala 1.ª TS, que falla en única instancia y reitera conocida doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

50. Propiedad intelectual: autoría de la obra colectiva.—La propiedad intelectual de las obras realizadas «en colaboración» (previstas y reguladas en el art. 7.1 LPI, tanto en su texto de 11 de noviembre de 1987, como en su Texto Refundido del RD 1/1996, de 12 de abril), y los derechos tanto morales como de explotación derivados de las mismas pertenecen, por igual, a

todos los autores que formaron parte en su elaboración, rigiéndose esta situación, con carácter supletorio, por las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes. Estos autores serán los que consten fehacientemente en los Registros Públicos creados al efecto (SGAE), independientemente de las personas que figuren en la difusión pública y publicitada de la obra.

Intromisión ilegítima en el honor y propia imagen derivada de la letra de una canción compuesta por varios autores: excepción de litisconsorcio pasivo necesario.—En el caso de una posible intromisión ilegítima causada por una obra colectiva, es absolutamente imprescindible que la demanda se efectúe contra todos sus autores, toda vez que, si ello no ocurriese, un posible fallo limitando las sucesivas divulgaciones de la obra (con la limitación futura de su derecho a la propiedad intelectual que a los autores ello provocaría), lesionaría los derechos de los autores no demandados, que no habrían sido oídos en el procedimiento, y no habrían podido ejercer su constitucional derecho de defensa. Esta falta de litisconsorcio pasivo necesario puede ser examinada y, en su caso, apreciada, de oficio en cualquiera de las fases del proceso. (STS de 17 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La canción «Podredumbre», grabada con el número 13 de la cara B del disco de larga duración del grupo musical «Negu Gorriak», titulado «Gure Jarrera», recoge en su letra la acusación directa de que don Enrique R. G., a la sazón Comandante de la Guardia Civil, destinado en el Cuartel de Intxaurre, estaba inmerso en una trama de corrupción y de narcotráfico, habiendo utilizado para su propio beneficio una buena parte de un alijo de cocaína incautado en una operación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En el interior de la carátula del disco, traducido al francés, alemán, euskera, italiano, gallego, inglés y catalán, se recogía una foto del citado Comandante, con uniforme del Cuerpo de la Guardia Civil, sobre la que se superpone la palabra «Podredumbre».

Don Enrique R. G. interpuso demanda civil de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra los creadores y los responsables de la producción y distribución del citado disco. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Sebastián desestimó la demanda. Ante el recurso del demandante, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián estimó el recurso de apelación, condenando a los demandados a aceptar la declaración, a no volver a interpretar la canción, ni a incluirla en un nuevo disco, y a abonarle solidariamente quince millones de pesetas. El TS, sin entrar en el fondo de si hubo intromisión o no, estima el recurso de casación interpuesto por los demandados alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario y absolviendo a los demandados, toda vez que se demandó a los dos autores de la canción que figuraban en la carátula del disco, cuando en el Registro Público de la SGAE figuraban como autores de la letra estas dos personas y un tercero no demandado. La limitación futura de su uso limitaba su derecho de autor y no había sido oído.

NOTA.—El presente caso se da gracias a que la obra, en su inicial elaboración, ha contado con la participación de más de una persona, se trata de una obra colectiva en el momento de su creación,

sin tener en cuenta que sean terceros los encargados de su distribución, y su participación en el proceso. Por ello no es aplicable al mismo la reiteradísima doctrina jurisprudencial que, en el caso de intromisiones efectuadas a través de artículos de prensa, aplicando, sin dudas de su constitucionalidad, el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, y a pesar de considerar responsables solidarios de la intromisión a periodistas, directores de la publicación, editores y todos los participantes en la divulgación de la misma, no estima la existencia de una falta de litisconsorcio pasivo necesario en caso de no ser demandado alguno de estos sujetos, toda vez que en ese caso se da un conjunto de conductas diferenciadas de distinta naturaleza, imputable a cada uno de ellos. En este caso de creación de obra colectiva, la actuación de sus partícipes no es ni distinta ni diferenciada, ni imputable por separada a los mismos. La creación es un solo acto y no se ha dado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa a uno de sus protagonistas. (L. A. P. M.)

51. Derecho de explotación de la propiedad intelectual: concepto.—El artículo 428 CC recoge el derecho de propiedad intelectual atribuyendo a su titular el derecho de explotación y el poder de disposición, sin perjuicio del derecho moral de autor; aquéllos se integran en el contenido patrimonial de la propiedad intelectual, que es semejante al derecho de propiedad que contempla el Código civil cuyo artículo 348 también distingue el aprovechamiento (o goce o explotación) y la disposición, y a cuya normativa se remite el artículo 429, como supletoria, siendo la principal, la Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879, sustituida por la posterior Ley 22/1987, de 11 de noviembre y, actualmente, el texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril; asimismo, es importante la Ley 17/1966, de 31 de mayo, reguladora de los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas, que se dictó con carácter transitorio, «hasta que el nuevo estatuto general de los derechos de autor vea la luz», como dice su exposición de motivos y fue efectivamente derogada y sustituida por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 cuyos artículos 86 y ss. regulan esta cuestión.

El derecho de explotación se integra, pues, en el contenido patrimonial, junto con otros, de la propiedad intelectual, frente al contenido moral. Es decir, destaca una primera premisa: derecho de explotación no es lo mismo que derecho de propiedad intelectual, sino que es un derecho que forma parte de su contenido. El artículo 1 de la Ley de 1966, hoy derogada, vigente cuando se produjo la subasta, adjudicación y cesión que constituye el título de la parte demandante en la instancia, disponía que el «ejercicio (no la titularidad) exclusivo de los derechos de explotación económica de la obra cinematográfica corresponde al productor...» el cual podía transmitirlos total o parcialmente, sin alcanzar a la titularidad de la propiedad intelectual.

Tal derecho de explotación de las películas, que fue adquirido por cesión tras la adjudicación en una subasta, es algo más que el derecho de propiedad sobre las copias materiales —*corpus mechanicum*— de tales películas, y algo menos que la propiedad intelectual —*corpus mysticum*— sobre las mismas.

Extensión temporal y objetiva del derecho de explotación de la propiedad intelectual.—Este derecho de explotación, aplicado a la propiedad

intelectual que de por sí es temporal, tiene la extensión o limitación en el tiempo correspondiente a la propiedad intelectual y la extensión o limitación objetiva en dos aspectos, la extensión sólo al espacio geográfico para el que fue adjudicada en subasta (en España), y sólo al medio o sistema existente en aquel tiempo (1967) sin extenderse a los medios que no eran conocidos entonces.

Imprudencia de las acciones reivindicatoria o declarativa de dominio para conseguir la declaración de existencia de un derecho de explotación de la propiedad intelectual.—Los tres primeros motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de *Video Mercury Films, S. A.*, deben ser estudiados y desestimados conjuntamente pues giran sobre la misma cuestión. Parten los tres de un error, en el que también han caído las sentencias de instancia: comienzan diciendo que la parte actora ejerció la acción declarativa de dominio o la acción reivindicatoria, por lo que estiman infringidas las normas sobre el derecho de propiedad (art. 348 CC), sobre la carga de la prueba en relación con aquellas acciones (art. 1214 CC), sobre la interpretación del negocio jurídico (art. 1283 CC) y sobre la prueba de presunciones (arts. 1249 y 1253 CC).

Pero no es así. No se ha ejercitado ninguna acción relativa al derecho de propiedad, porque nunca la parte demandante adquirió la propiedad intelectual de una serie de películas, sino sólo el derecho de explotación en España, concretado a los medios y sistemas que en aquella época había. (STS de 17 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—En 1967 la Hacienda pública embargó a *Cifesa* los derechos de explotación en España de catorce películas. Tras la subasta y correspondiente adjudicación, estos derechos fueron cedidos a D. O. Lieman Marco. Asimismo, por razón de un embargo semejante a *Cifesa-Producción* son subastados, adjudicados y subsiguientemente cedidos a D. O. Lieman Marco los derechos de explotación en España de otras veinte películas. D. O. Lieman Marco transmitió los derechos adquiridos a la entidad *Victory Films, S. A.* —prácticamente de su titularidad— y ésta formula demanda contra determinadas personas físicas y jurídicas que mantienen ser titulares de la propiedad intelectual de algunas de las películas mencionadas; contra las sociedades titulares de los laboratorios fotográficos donde se depositan los negativos de las películas y, finalmente, contra las cadenas de televisión que las han emitido. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda que es confirmada, salvo en la absolución de una persona física, por la Audiencia. Contra la sentencia de apelación interponen recurso de casación *Victory Films* (respecto a dos sociedades titulares de sendos canales de televisión, que no fueron condenados a indemnizar) y *Video Mercury Films, S. A.*, D. A. Marcos Tejedor, *Marte Films, S. A.*, y D. G. Buhigas Arizcun (demandadas que han mantenido la titularidad de la propiedad intelectual de concretas películas). Ha lugar al recurso de casación interpuesto por las demandadas. (R. G. S.)

52. Requisitos de existencia de la servidumbre contemplada en el artículo 541 CC.—Las SS de 25 de junio de 1991 y 18 de marzo de 1999, con

referencia a la precedente de 13 de mayo de 1986, recogen la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual «para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en dicho precepto (el art. 541 CC), es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente: 1.º la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; 2.º un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; 3.º que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; 4.º que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; 5.º que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia de dicho derecho real». Al no concurrir aquí el supuesto de la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario, ni haberse impuesto por el dueño común de ambos, no se da el supuesto legal para la aplicación y existencia de la servidumbre del artículo 541 CC. (STS de 29 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ejercita una acción negatoria de servidumbre frente a dos hermanos que se oponen a que levante sobre sus ventanas una pared necesaria para la construcción que desea realizar. La demanda se estima en parte reconociéndose el derecho del actor a levantar el muro por no existir servidumbre de luces y vistas que lo impida. La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por uno de los hermanos. De igual modo actúa el TS al rechazar los recursos de casación promovidos por los demandados que se apoyaban en la existencia de una servidumbre por «destino del padre de familia». El motivo de casación parece al resultar acreditado que quien constituyó el signo aparente entre las fincas no era propietario sino usufructuario. (R. G. S.)

53. El tercero adquirente y el artículo 114 LH.—La recurrente incorpora dos argumentaciones al planteamiento contenido en el motivo.

La primera, considera que no son terceros, a los efectos del artículo 114 LH, quienes adquieren con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación referida en el artículo 131.4 LH; sin embargo ninguno de los preceptos citados atribuye a la nota marginal la derivación indicada, ni tampoco modifican la responsabilidad de los bienes en perjuicio del tercero, que se encuentra taxativamente limitada en el artículo 114 LH, cuyo fundamento es también aplicable a aquellos bienes hipotecados respecto de los cuales el procedimiento haya comenzado, debido a que, según opinión mayoritaria de la doctrina científica, con mención al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, en una posición extrapolable al hoy declarado inconstitucional de la Ley de 2 de diciembre de 1872, la nota marginal cumple el cometido de publicar registralmente dicha incoación judicial con la noticia a los posteriores adquirentes del inmueble o derecho ejecutado o de derechos sobre los mismos acerca de la existencia del proceso de ejecución, y la de hacer las veces de trámite de notificación o intimación a esos adquirentes de la presencia del procedimiento, pero ello en nada obsta para la aplicación del artículo 114 a la compañía *Egara Lloguers, S. A.*, por su condición de tercero como ha declarado la resolución de instancia, cuando, además, la escritura de constitución de la hipoteca limitó la garantía hipotecaria, en rela-

ción con los terceros adquirentes, de la manera detallada en el apartado segundo del FD 1.º de esta sentencia; y sin que tampoco sirva para el objetivo pretendido lo expresado en el artículo 134 LH, cuando establece que «si antes de que el acreedor haya hecho efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con el las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor», pues este precepto sólo establece una subrogación procesal y no otra de derecho material.

Intereses legales por el pago de lo indebido: necesidad de que concurra mala fe.—Sobre este particular, corresponde señalar que el artículo 1896 CC dispone que «el que acepta un pago indebido, si hubiere procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales (...)», y el *Banco Hipotecario de España, S. A.*, percibió la suma no debida en virtud del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril de 1992, que ratificó el dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de la capital en 20 de diciembre de 1989 en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria núm. 1100/81, lo que descarta el presupuesto de la mala fe exigido por el precepto citado; y tampoco se ha vulnerado la doctrina jurisprudencial del enriquecimiento sin causa, por mor de que el núcleo jurídico de esta teoría hace mención necesariamente al desplazamiento patrimonial de una parte a otra sin razón justificada, lo que no ocurre aquí en virtud de la actividad judicial recién mentada. (STS de 24 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El *Banco Hipotecario* concede a *Vapores Reunidos, S. A.*, un préstamo. Tres años después inicia procedimiento de ejecución hipotecaria. El Juzgado señala fechas para las subastas y antes de que la primera de éstas se cumpla *Vapores Reunidos, S. A.*, vende la finca hipotecada a *Egara Lloguers, S. A.*, quien se reserva para el pago total de la hipoteca la cantidad pendiente de liquidación. La compradora comparece ante el Juzgado, consigna la cantidad pendiente y solicita la cancelación de la hipoteca. El banco se opone a la consignación sosteniendo que se le debe una cantidad superior y que *Egara Lloguers, S. A.*, no es tercero adquirente protegido por los artículos 114 y 115 LH sino deudor directo del banco en virtud de una subrogación *ex lege* por aplicación de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y del Decreto de 13 de noviembre de 1928. Acoge el Juzgado la tesis del banco, ratificando la Audiencia este criterio. *Egara Lloguers, S. A.*, aporta la diferencia entre lo consignado y lo exigido para posteriormente reclamar al *Banco Hipotecario* el total de lo consignado y satisfecho más los intereses legales de la cantidad global desde la interposición de la demanda. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia en el sentido de declarar que no procede condenar a la demandada al pago de los intereses. El *Banco Hipotecario* y *Egara Lloguers, S. A.*, interponen recurso de casación sin que prospere ninguno de los dos. (R. G. S.)

DERECHO DE FAMILIA

54. Condiciones de aplicación del Convenio de Bruselas a un pronunciamiento sobre alimentos incluido en sentencia de divorcio.—Es cierto que el apartado 1 del párrafo segundo del Convenio de Bruselas de 1968 excluye de su ámbito de aplicación el estado de las personas físicas y los regímenes matrimoniales, y también lo es que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Rotterdam, además de condenar al hoy recurrente a pagar a la recurrida 2.500 florines al mes y por adelantado, en concepto de alimentos, decretó el divorcio entre las partes y declaró que éstas debían proceder a la liquidación y división de la sociedad conyugal. Igualmente cierto es que el precepto citado por la sentencia recurrida para desestimar la inaplicabilidad del convenio alegada por el recurrente, artículo 5.2, no era el apropiado, pues este precepto contiene una regla de competencia internacional y no una norma delimitadora del ámbito material de aplicación del Convenio.

Pero no es menos cierto, de un lado, que en definitiva el Tribunal de instancia sí se pronunció expresamente sobre la aplicabilidad del convenio de Bruselas, y precisamente por contener la sentencia holandesa un pronunciamiento sobre alimentos. Y de otro, que precisamente los alimentos, calificándola claramente de «parcial», es materia incluida en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas.

El recurrente cita en su apoyo únicamente la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de marzo de 1979 (asunto 143/78, caso *Jacques de Cavel* contra *Luise de Cavel*), que ciertamente se decantó por un criterio amplio, en cuanto a las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio según el apartado 1 del párrafo segundo de su artículo 1, considerando como tales las medidas provisionales que concierne- ran o aparecieran estructuralmente ligadas al estado de las personas implicadas en un juicio de divorcio o las prestaciones patrimoniales directamente resultantes del vínculo conyugal o de su disolución (§ 10.º).

Sin embargo este criterio amplio fue pronto corregido por el propio Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de marzo de 1980 (asunto 120/79, caso *Luise de Cavel* contra *Jacques de Cavel*, también conocida como *Cavel II*), cuyo fallo establece que el Convenio de Bruselas es aplicable tanto a la ejecución de una medida provisional de pensión mensual de alimentos a favor de uno de los cónyuges litigantes en un juicio de divorcio como a una pensión compensatoria provisional a pagar mensualmente y acordada en juicio de divorcio. Y para justificar este pronunciamiento, el Tribunal razonó sobre la autonomía de las materias accesorias de un proceso matrimonial en relación con su objeto principal (§ 11.º).

Pues bien, posteriormente el Tribunal de Justicia ha seguido avanzando en esta última dirección en dos sentencias más. La de 27 de febrero de 1997 (asunto C-220/95, caso *Van den Boogaard* contra *Laumen*) optó por un criterio marcadamente objetivo, por la materia propia de la resolución a ejecutar, razonando que si de la resolución «resulta que una prestación está destinada a garantizar la manutención de un cónyuge necesitado o si se toman en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges para determinar su cuantía, la resolución se refiere a una obligación alimentaria. En cambio, cuando la prestación tiene por objeto el reparto de bienes entre los esposos, la resolución se refiere a los regímenes matrimoniales y, por consiguiente, no puede ejecutarse de conformidad con el Convenio de Bruselas.

Una resolución que combine las dos funciones puede, conforme al artículo 42 del Convenio de Bruselas, ser ejecutada de forma parcial, siempre y cuando en ella se hagan constar claramente los objetivos a los que corresponden, respectivamente, las distintas partes de la prestación acordada» (FJ 22.º), y fallando «que una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su ex cónyuge, hace referencia a obligaciones alimentarias y, en consecuencia, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica, en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho ex cónyuge. El hecho de que el Juez del Estado de origen haya descartado, en el marco de su resolución, la aplicación de unas capitulaciones matrimoniales carece de importancia a este respecto». Y la S de 20 de marzo de 1997 (asunto C-295/95, caso *Farrel* contra *Long*), aun versando sobre el artículo 5.2 del Convenio y no sobre su artículo 1, falló que «la expresión “acreedor de alimentos” hace referencia a cualquier solicitante de alimentos», propugnando como principio recogido en la jurisprudencia del Tribunal «una interpretación autónoma de los términos utilizados en este Convenio, de forma que se garantice la plena eficacia de éste desde la perspectiva de los objetivos del artículo 220 del Tratado CEE» (FJ 12.º).

Es claro, por tanto, que a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia el pronunciamiento cuya ejecución se instó al amparo del Convenio de Bruselas era ineludible, como materia civil, en el párrafo primero de su artículo 1, y no podía considerarse excluido por el apartado 1 del párrafo segundo del mismo artículo porque, a pesar de haberse dictado dicho pronunciamiento en un juicio de divorcio y declararse en la misma sentencia tanto el propio divorcio como la liquidación y división de la sociedad conyugal, gozaba de una autonomía propia por razón de su objeto, la pensión alimenticia mensual fijada a favor de la actora, quien solicitó de los tribunales españoles la ejecución solamente de dicho pronunciamiento.

Requisitos de la citación y emplazamiento del demandado en el proceso de origen para que la resolución que le pone fin pueda ser reconocida en país extranjero.—Los motivos segundo y tercero del recurso pueden ser objeto de examen conjunto ya que ambos denuncian la infracción del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas en cuanto éste prohíbe reconocer las resoluciones dictadas en rebeldía del demandado, situación del hoy recurrente en el proceso de origen, en caso de emplazamiento irregular y sin tiempo suficiente para defenderse. El motivo segundo se centra especialmente en alegar la falta de regularidad del emplazamiento; el tercero, en cambio, se dedica sobre todo a denunciar el incumplimiento del requisito del «tiempo útil».

Ambos requisitos han sido tratados en numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en lo que aquí importa, destacan su carácter conjunto o acumulativo (así, S de 12 de noviembre de 1992, asunto C-123/91, caso *Minamet*, y S de 3 de julio de 1990, asunto C-302/88, caso *Lancraz S. A.*), de suerte que la falta de cualquiera de los dos comportaría la denegación del reconocimiento.

Principio de equivalencia de resultados: alcance.—Por lo que se refiere al principio de equivalencia de resultados, no hay dato alguno que permita afirmar que cualquiera que fuera la legislación aplicable (la holandesa, por nacionalidad y residencia de la demandante en el proceso de origen; la suiza, por nacionalidad común de los litigantes; o, en fin, la española, a causa de la residencia habitual de los esposos en diferentes Estados, estando el del demandado en España, arts. 107 CC y 22.2 LOPJ), el resultado no acabara siendo el mismo. El mencionado principio atiende a las consecuencias jurídicas que se derivan de la norma llamada al caso por aplicación de la norma de conflicto interno, y no al resultado material que se produce por la proyección de dichas consecuencias jurídicas al caso concreto, resultado constitutivo de la decisión del juez sobre el litigio y que, por afectar al fondo del asunto, queda terminantemente sustraído a la revisión por el Juez del Estado requerido según el artículo 29 del Convenio de Bruselas.

Dicho de otra forma, el control sobre este punto ha de detenerse en la constatación de sí las consecuencias jurídicas previstas por la ley aplicable al fondo del asunto según la norma de conflicto española y las previstas por la norma aplicada en la sentencia cuyo reconocimiento se insta son las mismas. Y al respecto ha de concluirse que tanto la ley española como la suiza contempla, como efectos subsiguientes al divorcio, la disolución de la sociedad conyugal y la prestación de alimentos. (STS de 21 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de una solicitud de reconocimiento y ejecución parcial (en cuanto a la obligación de alimentos) al amparo del Convenio de Bruselas de 1968, de una sentencia dictada por un tribunal holandés. El Juzgado español de Primera Instancia dicta auto accediendo a lo solicitado. El obligado a la prestación de alimentos recurre el auto ante la Audiencia y su apelación es desestimada. Es esta sentencia desestimatoria —que confirma a la vez el auto del Juzgado— la que se ataca por la vía del recurso de casación. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

55. Acción de paternidad del artículo 136 CC: constitucionalidad.—El artículo 136 CC, siguiendo las pautas marcadas por el artículo 39 CE, no pone límite a la investigación de la paternidad, sino que establece únicamente los tiempos para el ejercicio judicial de la acción con la flexibilidad suficiente para la protección de los intereses en juego.

Impugnación de reconocimiento de filiación matrimonial: inaplicación a los casos de existencia de presunción legal de paternidad reconocida en el artículo 116 CC.—Al marido que por el artículo 116 CC se presume padre del hijo nacido después de la celebración del matrimonio o en los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, no le es aplicable la acción de impugnación de reconocimiento de filiación matrimonial por vicio de consentimiento regulada en los artículos 138 y 141 CC.

Indefensión y caducidad de la acción.—No se aprecia indefensión cuando aquel que la alega ha dejado transcurrir los plazos aplicables al efecto para la interposición de la acción que da lugar al proceso en cuyo desarrollo tienen lugar los hechos que presuntamente producen indefensión al demandante. (STS de 30 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de mayo de 1983 nace el último hijo del matrimonio formado por J. M. Q. e I. F. M. J. M. Q., debido a su profesión, pasaba largos periodos en alta mar, entre los que interesa destacar el comprendido entre el 12 de marzo de 1982 y el 10 de noviembre de 1982 así como el que tuvo su inicio el 14 de noviembre de 1982 y finalizó el 6 de agosto de 1983 tras el cual recibió un telegrama con la noticia del nacimiento del hijo. La esposa alega que el 10 de agosto de 1982 tuvo lugar un encuentro con su marido en Valencia, declaración que no queda claro si el Alto Tribunal considera hecho probado.

En 1992, J. M. Q. comienza a sospechar sobre la posible infidelidad de su esposa y el 26 de febrero de 1994 formula contra ésta demanda sobre impugnación paterno filial. El 7 de julio de 1994 se aprueba por el Juez de Primera Instancia la práctica de la prueba biológica que, sin embargo, tuvo que ser suspendida el 2 de septiembre de 1994 ya que en el día que se había fijado, J. M. Q. se encontraba en alta mar. La demandada y el hijo, sin embargo, acudieron el día inicialmente señalado sin que les fuera extraída sangre para culminar la prueba en su momento. El nuevo día fijado tras el acuerdo de su práctica para mejor proveer, acudió el demandante ausentándose la demandada y su hijo. Finalmente la demanda fue desestimada en primera instancia. Solicitada de nuevo la práctica de la prueba biológica por el demandante, recurrente en apelación, fue denegada por la Audiencia que mantuvo su posición al resolver el recurso de súplica interpuesto contra dicha resolución.

NOTA.—Hay que tener en cuenta que la admisión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación se encuentra actualmente regulado en el artículo 767 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que deroga el artículo 127 CC. (B. F. G.)

56. Inaplicación simultánea de la presunción de paternidad del artículo 116 CC y del error de reconocimiento determinante de filiación matrimonial de los artículos 138 y 141 CC.—La filiación matrimonial atribuida legalmente al marido por la presunción del artículo 116 CC, impide a éste impugnar la paternidad alegando el vicio de error por la vía de los artículos 138 y 141 CC aplicables únicamente para los casos en los que la filiación matrimonial haya sido determinada por reconocimiento.

Artículo 136 CC: caducidad de la acción de impugnación de paternidad.—El plazo de caducidad concedido al marido para impugnar su paternidad es de un año a contar desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que conozca el nacimiento. (STS de 21 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 27 de junio de 1982 tuvo lugar el nacimiento de M. C. R. que fue inscrita en el Registro Civil como hija del matrimonio formado por R. C. T. y C. C. R. casados desde hacía cuatro años. En 1987 decidieron de mutuo acuerdo separarse y el 21 de junio de 1988 se resolvió por sentencia el divorcio. Posteriormente, y tras comprobar que no conseguía descendencia con la nueva pareja, R. C. T. se somete a un análisis de esperma del que resulta que padece oligonecroespermia cuyo tiempo de producción no se ha deter-

minado. Como consecuencia de ello R. C. T. ejercita acción de impugnación de la paternidad contra C. C. R. y su hija menor M.C.R. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda.

NOTA.—Sorprende la alegación por parte del demandante (interesado en la práctica de la prueba biológica) de la aplicación de los artículos 138 y 141 CC ya que, en la división que suele realizar la doctrina en relación con las acciones de impugnación de la paternidad, la regulada en dichos preceptos se suele situar en el grupo de las acciones declarativas, caracterizadas por no abordar el problema de la verdad biológica y tratar únicamente la inexactitud o invalidez de un título de determinación de una filiación (en este sentido se pronuncian Rivero Hernández, F., en *Comentarios del Ministerio de Justicia al Código Civil*, I, Madrid, 1993, p. 506, y Peña Bernaldo de Quirós, M., en *Derecho de familia*, I, ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 448). (B. F. G.)

57. Acción de reclamación de filiación extramatrimonial: legitimación activa del padre en casos de falta de posesión de estado.—Aunque el artículo 133 CC atribuye la legitimación activa en caso de reclamación de filiación extramatrimonial sin posesión de estado, únicamente al hijo, la jurisprudencia del TS atenúa la letra del Código y reconoce la legitimación del padre también en estos casos.

Finalidad constitucional de las pruebas biológicas.—El TC en varias sentencias viene afirmando que la finalidad constitucional de las pruebas biológicas es la protección integral del hijo y no de los padres biológicos, reconociendo al órgano judicial la facultad de decidir si su práctica es indispensable y proporcionada.

Pruebas biológicas: la negativa del demandado a su práctica no equivale a *ficta confessio*.—La negativa a la práctica de la prueba biológica no puede ser considerada por sí misma prueba suficiente de la existencia de la paternidad; se trata de un valioso indicio que, sin embargo, debe relacionarse con el resultado de otras pruebas efectivamente practicadas. En el caso de que el resto de las pruebas no aporten base fiable para afirmar la paternidad, ésta podrá ser negada, a pesar de la negativa a la práctica de la prueba biológica. (STS de 2 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En octubre de 1976 nace R. E. Ll. inscrito como hijo matrimonial de A. Ll. V. y B. E. R., casados desde 1973. El 3 de noviembre de 1988, J. de J. F. del C. interpone demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra el matrimonio. Solicitada por el demandante la prueba biológica, su práctica no pudo llevarse a cabo porque los padres del niño no acudieron el día fijado para ello. El 27 de julio de 1990 el Juez de Primera Instancia dicta auto de inadmisión de la demanda, auto que es revocado por la Audiencia Provincial. El 13 de abril de 1993 se desestima la demanda en primera instancia por falta de legitimación activa. Recurrída en apelación la sentencia, la parte pasiva pasa a ser la madre de A. Ll. V. a causa del fallecimiento del matrimonio y del niño por disparo de arma de fuego. El demandante, recurrente en apelación,

solicita la exhumación del cadáver del niño para la realización de la prueba biológica, que la Audiencia Provincial deniega. El Tribunal de segunda instancia considera existente la legitimación activa del demandante pero resuelve desestimando en el fondo.

NOTA.—El artículo 133 CC dice que «la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida». La sentencia analizada constituye un ejemplo de la interpretación del precepto que el TS está llevando a cabo, caracterizada por otorgar legitimación activa también al supuesto padre. Para justificar dicha interpretación algunas SSTS acuden a preceptos y derechos constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE (STS de 19 de mayo de 1998 y de 20 de junio de 2000) o el interés justificado de los hijos de saber y conocer quién es su padre (STS de 20 de junio de 2000 que también apela a los principios y filosofía de la institución de la filiación). Pero el fundamento común a la mayoría de las sentencias consultadas y el que parece tener un mayor peso está constituido por la interpretación conjunta del artículo 133 CC con el 134 CC en virtud del cual «el ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria». Una interpretación amplia de este último precepto lleva al Alto Tribunal a configurarlo como una excepción del artículo 133 CC, llegando a la conclusión de que «si se está legitimado para impugnar en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación» (SSTS de 8 de julio de 1991, 30 de marzo de 1998, 20 de junio de 2000 y las citadas en ellas).

En contra de esta interpretación, se ha dicho que la frase del artículo 134 CC «conforme a los artículos anteriores» implica que la regla de este precepto está condicionada a la previa posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación, de tal manera que si no se está legitimado para ésta tampoco podrá ejercitarse la acción de impugnación de filiación contradictoria (Gullón Ballesteros, A., en su voto particular a la STS de 19 de mayo de 1998).

No hay que olvidar, además, que en las SSTS que otorgaban legitimación activa al padre a pesar de la dicción del artículo 133 CC, el TS tuvo en cuenta determinadas y estrictas situaciones concretas como el hecho de que frente a la petición de paternidad, la madre mostraba su conformidad (STS de 30 de junio de 1988), o que nada oponían ni la madre demandada ni su esposo (STS de 10 de marzo de 1988), o que la verdad biológica apoyaba la pretensión del padre demandante (STS de 20 de junio de 2000). En relación con ello en la STS de 28 de mayo de 1997 podemos leer que «tal aportación jurisprudencial de ampliación de la legitimación debe mantenerse y respetarse, pero hacer uso de ella sin generalizaciones que puedan dañar muy seriamente a pacíficas situaciones posesorias constantes».

Por lo que se refiere a la posición de la doctrina en este tema, algunos autores alegan que existe una discriminación de la filiación

extramatrimonial en relación con la matrimonial ya que el artículo 132 CC otorga legitimación activa al padre para reclamar la filiación matrimonial aun faltando posesión de estado (Rivero Hernández, F., *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1993, p. 498). Por su parte Peña Bernaldo de Quirós, M., plantea la posibilidad de reclamar la filiación extramatrimonial, en caso de falta de reconocimiento oportuno excusada, como una manifestación del derecho al respeto a la vida familiar reconocido en el Convenio de Roma (*Derecho de familia*, I, ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 445, nota núm. 96). (B. F. G.)

58. Prueba biológica de paternidad. Derechos fundamentales: tutela judicial efectiva.—Esta prueba no puede practicarse más que con la comparecencia de aquellos que han de aportar, comprobadamente, la cantidad necesaria de su sangre y por lo mismo tanto su cooperación —salvo que voluntariamente comparezcan al acto— como su negativa a hacerlo —con las posibles consecuencias que de ello puedan obtenerse— han de corresponder a una citación hecha en la forma que es exigible por la naturaleza del acto para el que se cita y en este procedimiento, en primera instancia, ajustándose a lo que dispone el primer párrafo del artículo 6 CC, prescindiéndose de la salvedad que su párrafo segundo encierra de exigencia legal de garantía —ejemplo similar es el del art. 583 de la Ley procesal—, evitando desconocimientos ficticios o reales cuando las consecuencias de esto derivadas pueden ser muy graves y evitables desde la citación personal que erradica toda idea de indefensión.

La situación creada desde la declaración de pertinencia y admisión de la prueba biológica de investigación de la paternidad del demandado y su falta de práctica por incomparecencia de este último, quizá por la citación inadecuada que para ello se le hace que no por negativa expresa de prestarse a la misma y el rechazo de esa misma prueba propuesta en segunda instancia en aras de una valoración del resto de pruebas aportadas y anticipando como condicionante para la admisión la negativa del demandado de someterse a esa prueba, anticipadamente a la necesaria decisión judicial sobre su pertinencia que en otra instancia había sido apreciada, en una precipitación valorativa de lo que aún no se había dado y que así cierra toda deducción sobre la trascendencia y razón de esa anticipada negativa, viene a desconocer el derecho a una tutela judicial efectiva que la Constitución concede y a quebrar las posibilidades que le reconoce el artículo 39.2 de la misma y, en relación con él, el artículo 127.1 CC supeditando improcedentemente esos derechos fundamentales a una negativa de práctica que aún no llegó el tiempo procesal de producirse —con todas las consecuencias que de la corrección de su desarrollo puedan llegar a obtenerse por el juzgador de instancia— a falta de la realización de las actividades necesarias por los juzgadores para garantizar la práctica de toda prueba, cualquiera que sea la valoración que pueda llegar a dársele porque así le corresponde, como viene a consignarse en la S de 17 de enero de 1994 del TC, y como también lo estudia la S de esta Sala de 26 de julio de 1999.

Reclamación de filiación no matrimonial. Investigación de paternidad: principio de prueba.— El artículo 127 CC, acorde con el artículo 39.2 CE, establece las más amplias posibilidades de prueba para determi-

nar la paternidad y la maternidad a través del correspondiente juicio siquiera en su párrafo segundo establece un requisito de procedibilidad al exigir, para que la correspondiente demanda sea admitida a trámite, que ya inicialmente se presente un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda, exigencia legal que la jurisprudencia ha espiritualizado señalando «que basta con que en esa demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado» garantizándose la seriedad de aquélla –SS de 3 de octubre de 1998, 16 de enero, 22 de marzo y 4 de mayo de 1999. (STS de 18 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Formulada demanda sobre acción de filiación no matrimonial y pensión alimenticia para el menor reconocido, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda, denegando la práctica de la prueba biológica de paternidad.

El TS estima en parte el recurso de casación, anulando y revocando las decisiones de las inferiores instancias, y las actuaciones del procedimiento atinentes a la práctica de la prueba biológica de paternidad. (M.^a R. D. R.)

59. Reclamación de filiación no matrimonial. Investigación de paternidad: valor probatorio de la negativa a someterse a pruebas biológicas de paternidad.–De acuerdo con los razonamientos que se dejan consignados las reglas jurisprudenciales determinantes de la valoración de la prueba, en este tipo de asuntos –huérfanos de una regulación legal más precisa–, que pueden estimarse más acreditadas y, por tanto, como guías para la valoración de los hechos probados se resumen en dos: *a)* la negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de la paternidad; *b)* tal atribución debe producirse siempre que, por otros indicios, se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, la STS de 28 de marzo de 2000, recoge que son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial, *ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado. (STS de 26 de septiembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Formulada demanda sobre acción de reclamación de filiación no matrimonial y pensión alimenticia para el menor que solicita ser reconocido, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda.

El TS declara haber lugar al recurso de casación, anulando y revocando las decisiones de las inferiores instancias. (M.^a R. D. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Impugnación de operaciones particionales. Juicio declarativo ordinario de testamentaria.—Si el artículo 1078 LEC limita las funciones del contador dirimente a formular las operaciones divisorias en que hubiera desacuerdo; si el artículo 1088 de la misma Ley supedita el juicio ordinario a la falta de conformidad en la junta a que se refiere su artículo 1086; si como declaró esta Sala en su S de 8 de julio de 1995, el referido juicio ordinario «solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente»; si el proyecto del contador dirimente, en el caso examinado, ya contenía la declaración final de que los herederos que disfrutaban de bienes hereditarios debían frutos y rentas a los restantes, procediéndose a la oportuna liquidación, juntamente con la de gastos, daños y mejoras legalmente exigibles, y si, en fin, en ningún pasaje de los motivos el recurrente alega siquiera que el objeto de los pedimentos de su demanda hubiera sido objeto de controversia previa al juicio ordinario, entonces claro está que, como se apreció en ambas instancias por las respectivas sentencias, tales pedimentos excedían del marco legal delimitado por el artículo 1088 LEC en relación con su artículo 1078.

La norma contenida en el artículo 1061 CC tiene el carácter de «recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla» (STS de 23 de junio de 1998), y es más bien «facultativo y orientativo que de imperativa observancia» (SSTS de 7 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1995), además de las que estas mismas citan).

Comunidad de bienes. División de cosa común. Doctrina general.—La divisibilidad de bien inmueble es una cuestión de puro hecho en la que el Tribunal de casación no puede entrar si como infringida no se cita una norma que contenga regla legal de valoración de la prueba. (STS de 6 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda en juicio voluntario de testamentaria, por entender que el cuaderno particional contenía esenciales omisiones y violaciones de normas legales sobre división de herencias, el actor solicita se declare rechazada dicha partición y se proceda a formalizar un nuevo cuaderno particional, con una más justa y equitativa distribución de la herencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, aprobando las operaciones divisorias enjuiciadas, que la Audiencia Provincial confirmó.

Se interpone recurso de casación, articulado en cuatro motivos: los tres primeros combaten, desde una u otra perspectiva, la desestimación de la demanda en sus pedimentos, relativos a la obligación de tres coherederas demandadas de traer a la masa de la herencia los frutos, productos y rentas de los bienes hereditarios poseídos por ellas, rindiendo cuenta detallada y justificada, y a la obligación de una de esas mismas coherederas de rendir cuenta detallada y justificada de su gestión como administradora de la herencia judicialmente designada; el motivo último, en cambio, se dedica por entero a combatir la sentencia recurrida en cuanto no desaprobó las opera-

ciones divisorias del contador dirimente en relación con los bienes inmuebles de la herencia.

El TS declaró no haber lugar a la casación. (*M.^a R. D. R.*)

61. Impugnación de operaciones particionales. Colación de bienes.—El artículo 1035 CC impone sólo la obligación de colacionar a los herederos forzosos y el cónyuge viudo, aunque posee la condición de heredero universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, CC. El cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales.

Sucesión hereditaria. Capitalización de la legítima del cónyuge viudo.—La facultad de elegir una de las formas de capitalización expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o ab intestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de «herederos» se refiere sólo a los «afectados» por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los «herederos que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo», en donde no encaja la figura de la viuda usufructuaria, quien, aun siendo heredera, tiene que recibir, pero no dar.

Donación *mortis causa*. Requisitos formales. Cesión de contrato de reconocimiento de deuda sujeto a condición suspensiva de fallecimiento del causante.—La donación *mortis causa* carece de validez si no se guardan en su otorgamiento las reglas dispuestas en el capítulo de la sucesión testamentaria, lo que supone la inexcusable sumisión a los requisitos formales exigidos para otorgarla.

Pese a que el contrato de cesión contiene, para su plasmación, dos precisiones: *a)* la gratuidad, y *b)* la condición de premoriencia del cedente, durante la vigencia del contrato, no se configura como una donación *mortis causa*, al omitirse el presupuesto de la forma testamentaria, por lo que no debe computarse en la herencia del causante. (**STS de 25 de octubre de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Interpuesta demanda de impugnación de partición de herencia, el actor solicita se declare la nulidad o se rectifique el cuaderno particional de la herencia, por inexactitud del inventario de los bienes del causante, y se permita la capitalización del usufructo del cónyuge viudo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó íntegramente el fallo apelado.

Interpuesto recurso de casación, el TS declara haber lugar. (M.^a R. D. R.)

DERECHO MERCANTIL

62. Violación del derecho de exclusiva de los signos distintivos. Excepción para el uso del nombre completo en el mercado. Improcedencia de la excepción.—Pese a la existencia de un signo distintivo debidamente registrado y, por tanto, a la normal prohibición de uso empresarial a terceros de bienes inmateriales que puedan crear confusión, la Ley de Marcas, en su artículo 33, permite a un sujeto la utilización en el mercado de su nombre completo y domicilio siempre que lo haga de buena fe y no lo use a título de marca. La utilización de la denominación social, junto con el domicilio completo, de forma destacada, como elemento dominante y captatorio de la atención de los consumidores en el local y en los envoltorios, cajas, bolsas, material publicitario y documentos, constituye un uso de la denominación dirigido a que se identifique la misma con el establecimiento mercantil y con el local donde se prestan los servicios al público. Conforme a los artículos 81 y 85 de la Ley de Marcas, son aplicables al nombre comercial y al rótulo las normas relativas a las marcas, en cuanto sea compatible con la propia naturaleza de estos signos distintivos; por tanto, el citado artículo 33 debe aplicarse también al uso de la denominación social como nombre comercial y como rótulo de establecimiento, de manera que la excepción a la prohibición de uso por terceros quede sin aplicación con respecto a estos signos.

Relación entre los signos distintivos de la actividad empresarial y la razón social. Necesaria identidad: insuficiencia del riesgo de confusión por semejanza.—Según el artículo 2.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se podrá adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente. Para que pueda condenarse a una sociedad a modificar su razón social es necesario que se dé, entre ambas denominaciones, una situación de identidad, de igualdad nominal. No es suficiente con el parecido, con la semejanza, a diferencia de lo prescrito por la Ley de Marcas (art. 31) para la confrontación entre signos distintivos. El mero parecido, por grande que sea, de una denominación social con un nombre comercial o con una marca no conlleva su modificación imperativa. La protección de los signos en la Ley se limita a prohibir el uso de la razón social a modo de signo distintivo, pero no pretende privar a la persona jurídica de la función meramente identificativa que su nombre despliega.

Peligro de confusión entre signos distintivos. *Ius prohibendi*. Apreciación en la instancia.—La Ley de Marcas en sus artículos 30 y 31 concede al titular de la marca el derecho exclusivo a utilizarla en su actividad profesional, poniendo a su disposición acciones legales frente a terceros que utilicen en el tráfico económico, sin su consentimiento, una marca o signo idéntico o semejante, es decir, que cree riesgo de confusión. El riesgo de confusión entre la marca *Panadería de Azaldegui* y la denominación social *Panadería Fernando de Azaldegui* es evidente, ya que el añadido *Fernando* no tiene suficiente fuerza distintiva. En cualquier caso, es jurisprudencia rei-

terada de la Sala Primera del TS (entre otras STS de abril de 1986) que, al no establecer la Ley reglas precisas en orden a la determinación de la « semejanza » entre signos, ha de ser el tribunal *a quo* el competente para, tras un estudio comparativo, determinar su existencia. (STS de 10 de julio de 2000; ha lugar en parte.)

HECHOS.—La demandante, *P. de A, S. A.*, formula demanda por el cauce procesal del juicio de menor cuantía contra *P. F. A., S. L.*, por infracción de sus derechos de exclusiva de marca y nombre comercial en el ejercicio de su actividad a través de su denominación social, solicitando que cese en tal práctica, con la consiguiente publicidad de la sentencia, que modifique su razón social para evitar confusión con los signos distintivos registrados por la actora, y que indemnice los daños y perjuicios causados. Estimada íntegramente la demanda en la instancia, se revoca parcialmente en apelación, dejando sin efecto la indemnización de daños y perjuicios otorgados a la demandante-apelada en la sentencia recurrida. La demandada-apelante recurre en casación. El TS estima parcialmente el recurso, confirmando, sin embargo, la resolución de la Audiencia, en la mayoría de sus extremos. (*I. T. M.*)

63. El enfrentamiento entre una razón social y un signo distintivo de la propiedad industrial debidamente inscrito y el consiguiente conflicto de intereses, lo ha resuelto la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la razón social no autoriza su utilización como marca, rótulo y nombre comercial.— Representa abuso del derecho el empleo de razón social fuera de los ámbitos de su adecuada y lícita utilización.

La protección que otorga el Registro no sólo lo es a favor del titular de la marca.— Sino que también alcanza al interés general de los consumidores destinatarios de los servicios y actividades que conforman el hacer comercial.

La actuación del demandado pone de manifiesto un plan concebido para aprovecharse de la marca protegida.— Sentado el actuar de los recurrentes fuera del ámbito de la buena fe, subjetiva y objetiva, ello representa fraude legal, al buscar amparo en la sociedad expresamente creada para poder utilizar la marca inscrita y prestigiada.

Corresponde a los fundadores de las sociedades adoptar.— Las precauciones necesarias para no utilizar aquellas que puedan crear confusiónismo en el mercado e instaurar equivocaciones en los consumidores, con mayor razón en este caso, en el cual los recurrentes sabían que el titular de la marca *Limpiezas Vela* era quien la empleaba. (STS de 28 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Demandante y demandado habían formado una sociedad dedicada a servicios de limpieza. Disuelta dicha entidad parece que decidieron distribuirse su mercado por zonas, asignándose al actor, apellidado Vela, la zona denominada «A», cuya explotación se verificaría bajo el título comercial de *Limpiezas Vela*. Sin embargo los antiguos socios se disputan la inscripción de la marca *Limpiezas Vela*, que finalmente se concedió al actor. A continuación el demandado constituye, junto con su esposa, la entidad mercantil *Limpiezas Vela*, obteniendo la inscripción registral para rótulo de su

establecimiento y ofreciendo sus servicios bajo la indicada denominación social. El actor interpuso demanda, solicitando la declaración de su derecho exclusivo a la utilización de la denominación *Limpiezas Vela* para distinguir sus servicios y la consideración de los actos de los demandados como constitutivos de competencia desleal, así como la indemnización de los daños causados, cesación y otros pedimentos. El Juzgado estimó la demanda, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente las resoluciones del Juzgado y el TS desestimó el recurso de casación planteado por los demandados. (L. M. L. F.)

64. Protección derecho de marca. Semejanza de signo distintivo utilizado. Apreciación de las circunstancias de manera conjunta. Individualidad de la marca.—El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo de utilizarla en el tráfico económico. Este derecho se desdobra en dos aspectos: por un lado, uno de contenido positivo o *ius utendi*, según el cual el titular de la marca tiene las facultades de utilizar la marca en el tráfico económico y, singularmente, designar con la marca los correspondientes productos, introducirlos de esta manera en el mercado y utilizar el signo distintivo con fines publicitarios; por otro, un contenido negativo, el *ius prohibendi*, consistente en la facultad de prohibir que los terceros usen su marca a través de signos iguales o similares que puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación (arts. 30 y 12.1 LM). Existe riesgo de confusión cuando, por ser los signos semejantes, los productos que distinguen similares y el sector de los consumidores coincidente, el demandante no puede diferenciar con claridad unos de otros. Existe jurisprudencia asentada en el sentido de que, para apreciar la existencia de confusión, el juzgador no sólo deberá comparar los elementos fonéticos y gráficos de los signos enfrentados, sino que deberá tomar en consideración todas aquellas circunstancias que, en conexión con el signo, puedan tener influencia en la posible equivocación a la hora de elegir en el mercado. Sin embargo, estas circunstancias adicionales hacen referencia a particularidades de los productos que se distinguen con los signos o a especiales características del público consumidor, pero no a la adición de un conjunto de marcas individuales en un mismo producto. No puede negarse la confusión entre dos marcas que individualmente consideradas la crean (dos lengüetas en la parte trasera de un pantalón modelo «vaquero»), aludiendo al hecho de que, en el producto final, estas marcas confrontadas coexisten con otras que sí se distinguen claramente entre sí (etiquetado en la cintura de la parte trasera del pantalón modelo «vaquero», con claras diferencias de diseño). No se está ante una marca compuesta, sino ante varias marcas simples y es precisamente entre cada una de ellas donde hay que estudiar la similitud. No se trata, en fin, de determinar si por el conjunto de las distintas marcas colocadas en el producto se produce confusión en el público consumidor, sino de si la utilización por el demandado de un signo semejante a una marca previamente registrada es susceptible de confundir a los destinatarios del producto. (STS de 20 de julio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—L. S. & Co., titular de marca registrada, insta juicio ordinario de menor cuantía contra *Tecon, S. A.*, y *S. M., S. A.*, solicitando se le reconozca judicialmente el derecho exclusivo a utilizar en el tráfico empresarial determinado accesorio textil de los panta-

lones modelo «vaquero» y, como consecuencia de tal reconocimiento, se prohíba a los demandados la incorporación a su producto de elementos similares que pueden causar confusión en el consumidor. La demanda se estima íntegramente en la instancia; recurrida en apelación, la Audiencia de Valencia revoca íntegramente la sentencia del Juzgado *a quo*. El TS estima íntegramente el recurso de la demandante-apelada. (I. T. M.)

65. Hay que estimar comprendido el supuesto en la prohibición de admitir al Registro contenida en el párrafo segundo del núm. 14 del artículo 124 del Estatuto.—De «los dibujos, reproducción de obras artísticas que estuvieren amparados por un registro anterior», supuesto que es el caso de autos, por lo que tanto aplicando las normas del Estatuto como las de la Ley 32/1988, la marca se inscribió contraviniendo las normas de marcas y a la misma le alcanza los efectos de nulidad.

Los efectos e incidencias de las marcas concedidas con arreglo al Estatuto que se produzcan después de la entrada en vigor de la Ley de 1988, se regirán sin ningún género de duda, por la nueva Ley.—Disposición ésta que tiene un indudable carácter retroactivo, posibilidad que admite el artículo 2.3 CC.

Respecto a la excepción de prescripción de la acción de nulidad de las marcas.—Ha de aplicarse sin duda alguna la ley nueva, en cuanto que la prescripción solamente se puede apreciar por los tribunales cuando hay previa petición o alegación de parte, y esta petición se produce cuando está ya en vigor la Ley 32/1988, que en el núm. 2.º de su artículo 48 considera imprescriptible la acción en el supuesto que el registro de la marca se hubiera solicitado de mala fe. No se puede ejercitar con éxito la excepción de prescripción porque la acción en el momento en que se ejercita, vigente la Ley 32/1988, es imprescriptible.

No existe ejercicio tardío y abusivo del derecho por impugnarse una marca registrada en 1951.— Sin oposición de quien ahora pretende ser su titular y que en 1988 vio rechazada su solicitud de inscripción por existir otra de igual configuración inscrita con anterioridad: la acción de nulidad se plantea cuando la licenciataria del impugnante es requerida por el titular registral de la marca para abstenerse de usar el personaje, sin haberse acreditado además el efectivo uso de la marca. (STS de 28 de septiembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El personaje de Popeye se registró en la Oficina de Propiedad Intelectual el 25 de febrero de 1938, vendiéndose los derechos a *King Features Syndicate Inc.* en 1943. La divulgación del personaje en España tuvo lugar a partir de 1935, siendo notoriamente conocido a finales de los años treinta. En 1951 la empresa del sector de la alimentación *Granja La Luz, S. A.*, registró dos marcas en nuestro país con el nombre y la figura de Popeye, sin que conste probado que llegara a poner el mercado productos con esas marcas. *Industrias Revilla, S. A.*, contrata con *King Features Syndicate Inc.* el uso de los derechos de propiedad intelectual del personaje Popeye para Europa, y, cuando comienza la promoción y venta de productos alimenticios con dicho personaje, es demandada por *Granja La Luz* para que cese en dicha actividad, retire los productos y mate-

rial publicitario en que figure la marca Popeye e indemnice daños y perjuicios. *Industrias Revilla, S. A.*, reconviene, alegando la nulidad o caducidad de la marca registrada, y como *King Features Syndicate Inc.* había demandado a su vez a *Granja La Luz*, solicitando la declaración de su derecho de propiedad intelectual sobre la representación gráfica de Popeye y la nulidad de las marcas inscritas por la demandada, se solicitó y acordó la acumulación de autos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de *Granja La Luz* y estimó la reconvenición de *Revilla* y la demanda de *King Features*, declarando que los derechos de propiedad intelectual sobre el personaje pertenecen a esta última sociedad y que las marcas registradas por *Granja La Luz* son nulas. La Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento de primera instancia, y el TS desestimó el recurso de casación planteado por *Granja La Luz*.

NOTA.—La sentencia resulta criticable desde la estricta lógica jurídica por dos motivos: invoca la DT 2.^a de la Ley 32/1988 en un caso de nulidad de marca, y por tanto en un supuesto que difícilmente puede considerarse como de marca concedida conforme a lo dispuesto en el Estatuto de la Propiedad Intelectual; además entienden que la norma aplicable a la prescripción es la vigente cuando se alega la excepción correspondiente, con independencia, al parecer, de que el plazo de prescripción se hubiera completado durante la vigencia de la ley anterior; quizá hubiera sido mejor entender que el plazo de prescripción extintiva no puede actuar con independencia de la usucapión, e intentar descartar que esta última se produjera en el caso planteado, pero ésta sería otra historia que rebasa el alcance de esta breve nota. (*L. M. L. F.*)

66. El prevalimiento de los conocimientos comerciales, y la deslealtad de esa conducta del demandado, son reveladoras para integrar la conducta reprobable de mala fe.—Y en ese caso, naturalmente, considerar que la exclusión del apartado 2.º del artículo 3 y, en su caso, la del artículo 48-2 de la Ley de marcas, de la prescripción a los efectos del ejercicio de la acción impugnatoria, es indiscutible.

Con independencia de que la notoriedad tenga que partir de un marco concreto de proyección del uso de los productos que ampara la marca.—Y que hasta se pueda cuestionar si ese conocimiento era notorio a nivel general, no sólo en el sector, sino con una elemental difusión dentro del mercado, no obstante, y pese a ello, lo que desde luego, en caso alguno, puede eludirse en la recta integración de la Sala sentenciadora y su juicio calificador es la actuación evidentemente de mala fe por parte de la demandada.

Para otorgar al nombre comercial —y también por extensión a la marca— la protección legal en los términos de la normativa española, no se exige por la normativa unionista formalidad alguna cuando aquél sea la denominación o razón social.—Según la normativa del país de origen y sin que tampoco se precise el uso en España, sino que basta demostrar su utilización antecedente en el país de origen, signatario del Convenio de París. (**STS de 21 de julio de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La marca FANATIC fue inscrita por la demandante en la Oficina Federal de Patentes de la República Federal Alemana

el 21 de noviembre de 1982; la demandada, conocedora de la marca por haber actuado como importadora de la misma, rompe sus relaciones comerciales con la demandante e inscribe la marca en el Registro de la Propiedad Industrial Español el 21 de abril de 1984, con idéntico diseño gráfico y para identificar unos productos coincidentes con los de la demandante. Promovida demanda sobre nulidad de inscripción y otros pedimentos la demandada reconviene, solicitando, entre otros pedimentos, que se declare su derecho exclusivo a utilizar la marca en el mercado español y que la actora cese la introducción de productos con la marca FANATIC, alegando la prescripción de la acción de la demandante o la inexistencia de prioridad en el uso de la marca. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvencción; la Audiencia Provincial confirmó parcialmente la sentencia del Juzgado, salvo en lo concerniente a la indemnización de unos daños y perjuicios que no habían sido acreditados; el TS desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. M. L. F.*)

67. Propiedad Industrial. Modelo de utilidad.—La jeringuilla hipodérmica propuesta cumple con la doble exigencia: novedad, al no estar anticipado en el estado de la técnica y utilidad por respetar ese beneficio o mejoramiento en la analítica sanguínea correspondiente (aspiración del líquido sin ejercicio de fuerza en el pistón y tirante flexible en su estructura) por lo que es merecedora del derecho de exclusiva que tal figura de la propiedad industrial atribuye. (**STS de 12 de mayo de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—*Nirco, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 6, de Barcelona demanda contra la entidad *Sta. Te, SRL*, pidiendo la nulidad de las reivindicaciones de un modelo de utilidad de que es titular demandada. La sentencia de instancia estimó la pretensión de la actora. Recurrida en apelación la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la sentencia recurrida. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (*N. D. L.*)

68. No es preciso que los sujetos –agente y paciente– del acto de competencia desleal sean empresarios, ni se exige que entre ellos medie una relación de competencia.—Basta que el acto se realice «en el mercado» y «con fines comerciales». El artículo 20 de la Ley de Competencia Desleal permite ejercitar las acciones contra cualquier persona que haya realizado u ordenado el acto, o haya cooperado a su realización. Tan sólo la acción de enriquecimiento injusto habrá de dirigirse contra el beneficiario.

No puede la recurrente pretender ampararse con la interposición de una sociedad, a la cual pertenece y a la par gestiona.—Porque ello supondría consagrar un genuino fraude de ley, pretendiendo la inaplicación de una norma legal, cuando los hechos probados de la sentencia recurrida proclaman su participación efectiva en actos de competencia desleal.

El artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores.—Regula la prohibición de la concurrencia por Convenio y fija un límite temporal y la ilicitud radica en la mera y sola concurrencia, pero la acción ejercitada en la litis no

es contra esta actividad del artículo 21 del Estatuto de los trabajadores, sino la practicada por medios reprobables.

La actuación como testaferra o persona interpuesta por su cónyuge para fundar la sociedad demandada.—Aunque sea como mera socia y mientras dicho cónyuge trabaja en la empresa de la actora para aprovecharse ilícitamente de sus modelos y prácticas, es actividad de cooperación suficiente para incardinarse en el primer inciso del artículo 20.1 de la citada Ley de Competencia Desleal. (STS de 18 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—David G. S. y María N. T. fundaron la sociedad demandada con otros dos accionistas minoritarios. David G. S. había sido trabajador de la sociedad demandante y Sergio A. A., esposo de María N. T., siguió siéndolo hasta que fue despedido por aprovecharse ilícitamente de los modelos y prácticas de su patrón, momento en el cual se incorporó a la sociedad demandada. La actora promueve juicio declarativo contra la sociedad fundada por David G. S. y María N. T., contra éstos, y contra Sergio A. A., por vulneración de derechos de propiedad industrial e intelectual y competencia desleal, solicitando que la demandada cese en la comercialización de diversos elementos coincidentes en sus características con modelos de utilidad registrados por la actora, y retire del mercado los catálogos para la presentación de sus productos que imitan los registrados por la demandante. Además se pedía que los demandados cambiaran la representación gráfica de los catálogos futuros, indemnizaran los daños y perjuicios, pagaran los ingresos que por enriquecimiento injusto hubieran obtenido en el desarrollo de su actividad ilícita, publicaran a su costa la sentencia en el diario de mayor circulación, y fueran condenados en las costas. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando a la sociedad actora a cesar en la comercialización de los elementos y a retirar del mercado los catálogos, pero absolviendo a los restantes demandados de todos los pedimentos. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de la actora, declarando que David G. S., Sergio A. A. y María N. T. habían cooperado a los actos de competencia desleal. El recurso de casación interpuesto por estos últimos es desestimado por el TS. (L. M. L. F.)

69. Concepto de consumidor o usuario.—La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no puede ser invocada en apoyo de pretensiones de quienes no tienen la consideración de consumidor o usuario. Según el artículo 1, apartados 2 y 3, LGDCU, se excluye del ámbito de aplicación de esta Ley a aquellos sujetos que adquieren bienes para destinarlos a sus actividades empresariales o profesionales, de modo que no son sus destinatarios finales. (STS de 16 octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Municipalia, S. A.*, adquirió una impresora de la entidad *Desktop Publishing, S. A. Municipalia, S. A.*, presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia contra las empresas *Desktop Publishing, S. A.*, y *Hewlett Packard* y don Luis C., en la que solicitaba que se declarase la obligación de los demandados de entregar la impresora junto con su documentación o bien que, de forma subsidiaria, se declarase rescindido el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda dirigida contra don Luis C. y *Desktop Publishing* y absolvió a la empresa *Hewlett Packard*. Los demandados condenados interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia. Este recurso fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid, que extendió la condena a la empresa *Hewlett Packard*. La empresa *Hewlett Packard* interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial y alegó la infracción de diversos preceptos de la LGDCU, ya que entendía que la LGDCU no era aplicable al caso porque la empresa demandante no podía ser considerada como consumidor. El TS considera que la empresa *Municipalia, S. A.*, no tiene la consideración de consumidor porque adquirió la impresora para su actividad de publicación y no para un uso doméstico. Sin embargo, no estima el recurso porque la sentencia de la Audiencia Provincial tiene una doble argumentación y la parte recurrente sólo ha combatido uno de los argumentos. En concreto, la Audiencia Provincial fundamenta su decisión básicamente en la existencia de un contrato de agencia entre *Hewlett Packard* y el señor C. y este fundamento no ha sido debatido por la parte recurrente.

NOTA.—En esta sentencia se discute si una empresa, cuando adquiere un bien que utiliza durante el desarrollo de su actividad, se puede considerar consumidor. La LGDCU, en su artículo 1, apartados 2 y 3, establece que sólo es consumidor el destinatario final, es decir, aquella persona que adquiere un bien para satisfacer sus necesidades personales o familiares. Esto supone que no se considere consumidor a aquella persona que destina los bienes adquiridos a la fabricación de productos, ya sea porque aquel bien es utilizado durante el proceso de fabricación, ya sea porque ese bien pasa a ser parte integrante del producto. En el caso examinado en la sentencia, la empresa demandante utilizaba la impresora durante el desarrollo de su actividad de publicación. Por tanto, el TS estima, correctamente, que no era destinataria final, ya que incorporaba el bien adquirido al proceso productivo. Sin embargo, como es sabido, existe una noción más amplia de consumidor, que entiende que es consumidor aquella persona que adquiere los bienes para un uso no profesional, es decir, para una actividad ajena a su actividad profesional, aunque no sea el destinatario final. Esta noción parece recogerse en normas más recientes como son la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, la Ley de Crédito al Consumo o la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. (M. V. V.)

70. Contrato de mediación. Requisitos para el nacimiento de los derechos y obligaciones del mediador.—Sólo si el mediador ha contribuido eficazmente a que las partes concluyan el negocio, nacen sus derechos y obligaciones. En concreto el devengo de honorarios se encuentra supeditado a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso en contra.

Recurso de casación por infracción de normas: deben tener categoría de ley o asimiladas.—Las cuestiones objeto de debate en un recurso de casación deben basarse en normas con rango de ley o asimiladas salvo que la

norma invocada con rango inferior a la ley sea complementaria o esté íntimamente ligada a la norma legal. (STS de 21 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de noviembre de 1989, E. G. I. y T. G.-V. G. concluyeron un contrato de mediación o corretaje. El 2 de julio de 1990 fue otorgada escritura de compraventa de una farmacia siendo T. G.-V. G la compradora, y sin que para su conclusión se hubiese aprovechado de las gestiones del mediador, E. G. I. Éste interpuso acción de reclamación de cantidad por comisión por corretaje contra T. G.-V. G. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, resolución que es revocada por la Audiencia Provincial.

NOTA.—Una de las cuestiones más debatidas en relación con el contrato de mediación se refiere al momento en que nace el derecho a la retribución del mediador; la sentencia analizada utiliza el término *conclusión* del negocio principal para referirse a este momento. Según Ruiz Rodríguez Villa, D., el derecho a la retribución nace con la *perfección* del contrato, con independencia de que luego no llegue a consumarse por causas imputables a los contratantes (*El contrato de Corretaje Inmobiliario: los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*, ed. Aranzadi, Elcano, 2000, p. 461.). También Díez Picazo, L., y Gullón, A., llegan a la misma conclusión citando a este propósito el artículo 23 del Real Decreto de 19 de junio de 1981 por el que se aprueban los Estatutos de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, y que recoge esta postura doctrinal (*Instituciones de Derecho Civil*, I, ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 742, nota núm. 2). (B. F. G.)

71. Naturaleza del contrato de agencia y concesión.—Por el contrato de agencia una persona (el agente) se compromete a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena. Dicho contrato se caracteriza por las notas de continuidad y de no asunción por parte del agente del riesgo y ventura de tales operaciones, salvo pacto expreso en contrario. En el contrato de concesión o distribución, sin embargo, las operaciones comerciales que lleva a cabo el concesionario se limitan a la venta y postventa de determinados productos y suele implicar un pacto en exclusiva entre proveedor y distribuidor. La diferencia fundamental entre ambos contratos radica en la nota de *independencia* que en el agente es esencial (art. 2 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia) pero que puede faltar en la concesión.

Normativa aplicable en casos de concesión y agencia simultánea.—Pueden darse casos en los que nos encontremos ante una concesión que es también agencia, esto es cuando las notas de agente y concesionario recaen sobre la misma persona que es, por tanto, independiente del concedente: en estos supuestos regirá la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia tanto para la rescisión como para la indemnización, rigiendo a falta de norma especial las normas generales contenidas en los artículos 1101 y ss. CC y 1124 CC.

Sucesión de persona física por la jurídica: relevancia sólo formalista.—El hecho de que una persona física sea sucedida por una persona jurídica no implica que no pueda existir una real continuidad sustancial en los cometidos realizados hasta ese momento por la persona física.

Indemnización por clientela: artículo 28 de la Ley de agencia.—El agente que ha creado una clientela que antes no existía tiene derecho a una indemnización por clientela cuando tenga lugar la extinción del contrato de agencia siempre que su actividad anterior pueda seguir reportando ventajas al empresario.

Indemnización por daños y perjuicios: artículo 29 de la Ley de agencia.—La indemnización de daños y perjuicios por extinción anticipada del contrato de agencia tiene lugar cuando dicha terminación se produce por denuncia unilateral salvo que ésta sea justificada.

Interpretación de la DT única de la Ley de agencia.—La literalidad de la DT única de la Ley de agencia implica que todos los preceptos de dicha ley deben ser aplicados a partir del 1 de enero de 1994; por tanto, la indemnización por clientela regulada en su artículo 29 se aplicará proporcionalmente a un contrato concluido con anterioridad a dicha fecha y extinguido después, en función de la duración de la relación contractual desde el 1 de enero de 1994. (STS de 16 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 1 de abril de 1971, *Hoechst Ibérica, S. A.*, y M. M. L. concluyeron un contrato de representación mercantil por el que el segundo se comprometía a actuar en interés de *Hoechst Ibérica, S. A.*, en la promoción de los productos reprográficos de la misma. M. M. L. sería, asimismo depositario de los materiales suministrados y su remuneración se llevaría a cabo a través de comisiones. Del contrato se deriva igualmente un pacto en exclusiva entre ambas partes. El 9 de abril de 1991 se constituyó la sociedad familiar *Mimbela, S. L.*, cuyo administrador único era M. M. L. El mantenimiento de las relaciones comerciales con dicha sociedad por *Hoechst Ibérica, S. A.*, hace suponer al TS que aceptó la sucesión de la persona física por la jurídica.

La venta a otras firmas por parte de *Hoechst Ibérica, S. A.*, llevó a que fuese demandada por M. M. L. que reclamaba el abono de daños por comisiones o descuentos correspondientes a las ventas realizadas dentro de la zona de exclusiva del demandante, así como la indemnización por clientela regulada en la Ley de agencia, o por daños morales. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda que fue en cambio estimada parcialmente por la Audiencia Provincial. Ambas partes recurren en casación.

NOTA.—La sentencia analizada parece considerar que el contrato de agencia del supuesto de hecho se extinguió por denuncia unilateral del agente. No parece del todo inadecuado, sin embargo, entender que lo que tuvo lugar fue una resolución del contrato por las razones que a continuación se exponen y que guardan también relación con la indemnización de daños y perjuicios a la que igualmente hace referencia el Alto Tribunal en esta sentencia.

Tal y como afirma Soria Ferrando, J. V., «aunque la denuncia y la resolución del contrato poseen la analogía de que son una facultad concedida a cada una de las partes de dar por finalizada la relación obligatoria, [...] no tienen su fundamento en una razón homogénea» (*El agente de comercio*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 131). La denuncia unilateral se caracteriza por no necesitar ir acompañada de una causa que justifique la extinción del contrato

por una de las partes (art. 25 Ley 12/1992) mientras que la resolución debe fundarse en causas especialmente contempladas por la ley que, en el caso del contrato de agencia se encuentran recogidas en el artículo 26 de la Ley 12/1992. Siendo esto así no se comprende por qué razón el TS hace referencia a la existencia de *justificación* para apoyar la denuncia unilateral de M. M. L.: si el agente del caso analizado decidió dar por terminada la relación contractual fue por el incumplimiento por la otra parte de una de las obligaciones del contrato (pacto en exclusiva), que constituye la causa de resolución contemplada en el apartado *a*) del artículo 26 de la Ley de agencia.

En relación con la indemnización de daños y perjuicios la sentencia analizada apela al artículo 29 de la Ley de agencia que, sin embargo, se refiere al supuesto en el que es el empresario, y no el agente, quien denuncia unilateralmente el contrato. Habría sido más adecuado, a nuestro entender, acudir al artículo 30 del mismo texto legal que exceptúa de la indemnización de daños y perjuicios los casos de denuncia del contrato por parte del agente «salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario [...]». Nótese que la propia ley confunde las categorías jurídicas al utilizar *denuncia unilateral* cuando el caso que contempla la norma es, por definición, de *resolución*. (B. F. G.)

72. Directivas comunitarias.—La entrada en vigor de una directiva comunitaria no implica su automática incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ya que no es de aplicación directa. La disposición de una directiva no puede ser invocada contra un particular porque dichas normas no pueden crear por sí solas obligaciones a cargo de éste.

Agente y distribuidor en exclusiva: diferenciación.—El artículo 1.2 de la Directiva 86/653/CE se refiere al agente comercial como un intermediario independiente encargado de forma permanente de negociar la venta y compra de mercancías por cuenta, o en nombre y por cuenta, del empresario. El distribuidor en exclusiva se diferencia de la figura anterior en que actúa en su propio nombre asumiendo el riesgo comercial de las operaciones de reventa de mercancías que son propiedad del propio distribuidor. Se trata de un contrato de naturaleza atípica con elementos de suministro con exclusiva de venta y agencia, o de venta y arrendamientos de servicios. (STS de 24 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El 15 de marzo de 1986, A. M. P. y *Mataderos Industriales Soler, S. A.*, concluyeron un contrato por el que el primero se comprometía a llevar a cabo la venta de los productos de la segunda en su propio nombre y asumiendo el riesgo comercial de tales operaciones. *Mataderos Industriales Soler, S. A.*, formuló demanda contra la otra parte contratante sobre reclamación de cantidad. El demandado A. M. P. formuló reconvencción por la que solicitaba la rescisión del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y estimó en parte la demanda. A. M. P. recurre en casación alegando la vulneración de la aplicación de la Directiva 86/653/CEE.

NOTA.—La Directiva 86/653/CEE ha sido incorporada a nuestro Derecho interno por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia, que no es aplicable en este caso concreto ya que su DT dispone que «hasta el día 1 de enero de 1994, los preceptos de la presente Ley no serán de aplicación a los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor». (B. F. G.)

73. Contrato de concesión. Aplicación de la prohibición del artículo 85 del Tratado CE.—Ha de considerarse incurso en la prohibición de dicho precepto porque se trata de un contrato entre una empresa con forma de sociedad anónima y un empresario individual cuyas cláusulas esenciales indudablemente tienen por objeto impedir o restringir el juego de la competencia mediante la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y de unos precios controlados por este último. La circunstancia de que lo sometido a la consideración sea un solo contrato, no una serie de contratos similares destinados a producir efectos en una misma zona, y el hecho de que se concertase entre empresas españolas y para producir sus efectos solamente en las Islas Canarias, no deben excluir el contrato del ámbito de la prohibición, porque al imponerse por el proveedor al revendedor la compra exclusiva de todos los productos, impide, cuando menos indirecta y potencialmente, la entrada de productos procedentes de otros Estados miembros. Y, porque el contrato litigioso versa sobre productos que, como los carburantes y los combustibles, representan un mercado claramente tendente al oligopolio.

Infracción del Reglamento 1984/83 relativo a la aplicación del apartado 3.º del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva.—La extensión de la exclusividad a todos los «productos de apoyo para automoción» y «con absoluta prohibición de toda otra concurrencia» [cláusula 4.II.a)], o con reserva de la concedente para «variar los precios de venta al público» (cláusula 4.II «precios»), y debiendo el proveedor «exponer al público única y exclusivamente los productos suministrados por la sociedad concedente, a los precios establecidos oficialmente o, en defecto de tasa oficial, a los que lo fueren por aquella» [cláusula 4.II.e)], supone un control absoluto del proveedor que alcanza incluso a todos los productos de la tienda tanto en orden a sus eventuales proveedores como en orden a los precios [cláusula 12.A, apartados b), d), e i)], hasta el extremo de contemplarse como causa de extinción del contrato la «venta de productos distintos de los expresamente autorizados» [cláusula 14.e)]. Se trata, en definitiva, de cláusulas que el artículo 12 del Reglamento considera exorbitantes respecto de las permitidas según el artículo 11. La exclusividad impuesta en el contrato a los lubricantes (según las mismas cláusulas ya señaladas más la de adquisición de un mínimo de volúmenes trimestrales, 4.II.b)] no cumple la condición del artículo 11.b) del Reglamento, esto es, que el proveedor hubiera puesto simultáneamente a disposición del revendedor un equipo de cambio de aceite u otras instalaciones de engrase, ya que en el contrato litigioso nada se prevé al respecto. Además, como señaló la Comunicación de la Comisión 84/C101/02, el artículo 11.b) solamente ampara los lubricantes destinados a la prestación de un servicio que realice el revendedor, de suerte que según el Reglamento el proveedor «es libre de comprar dichos productos a terceras empresas con objeto de revenderlos en la estación de servicio», debiendo entenderse por «productos petrolíferos afines a los lubricantes, los

aditivos y los líquidos de frenos». Se dan, así, otra vez cláusulas exorbitantes según los apartados *a)* y *b)* del artículo 12.1. Y en tercer lugar, el control igualmente absoluto del proveedor sobre la publicidad [cláusula II.n)] excede también lo que permite o autoriza el artículo 11.c) del Reglamento.

Nulidad de pleno derecho del contrato litigioso.—El contrato debe ser declarado nulo de pleno derecho por su incompatibilidad con el Derecho comunitario y, en último extremo, por aplicación del artículo 1.2 LDC interpretado según el Derecho comunitario, entendiéndose que tal incompatibilidad es tan manifiesta que nunca podría ser objeto de una exención individual por la Comisión. El alcance de esta nulidad debe ser el contemplado en el artículo 6.3 CC, por contrariedad del contrato litigioso con normas prohibitivas. En consecuencia, no habiendo llegado a iniciarse en el caso examinado la ejecución del contrato, la nulidad debe traducirse en que éste no comience a producir sus efectos. La nulidad, además, ha de ser total, porque las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. A este respecto es bien significativo que en el propio contrato se contemple como causa de extinción la «venta de productos distintos de los expresamente autorizados por la concedente» o que su cláusula 12 E c) declare expresamente que el convenio constituye «un todo unitario de contratación». En definitiva, procede la nulidad de pleno derecho porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato. (STS de 15 de mayo de 2000; ha lugar al recurso interpuesto por DISA y no ha lugar al recurso interpuesto por don J. C. C. C.)

HECHOS.—Don J. C. C. C. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria demanda contra las compañías mercantiles *Distribuidora Industrial, Sociedad Anónima (DISA)*, y *Prodalca España, Sociedad Anónima*, reclamando el cumplimiento del contrato de concesión celebrado con la primera con indemnización de daños y perjuicios y la nulidad del celebrado entre las entidades demandadas. La sentencia de primera instancia estimó la demanda en cuanto a la validez del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por don J. C. C. C. y haber lugar al planteado por *Distribuidora Industrial, Sociedad Anónima*. (N. D. L.)

74. Contratos bancarios. Cuentas indistintas.—La titularidad indistinta de una cuenta corriente bancaria lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta.

Donación remuneratoria. Inexistencia.—Los fondos de que se nutrieron las cuentas procedían siempre del padre de los demandantes y, el traspaso de fondos a una cuenta de la exclusiva titularidad de la recurrente lo llevó a cabo

solamente ésta, una vez fallecido aquél, esto es, una vez abierta su sucesión y, evidentemente, cuando el supuesto donante no podía ya realizar el acto gratuito de disposición o atribución patrimonial en que la donación consiste según nuestro Código civil. (STS de 29 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña P. O. M. y doña C. M. G., ésta como representante legal de sus hijos menores de edad C., F. y S. O. M., interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina contra doña P. A. P. reclamando la titularidad del saldo de unas cuentas corrientes de las que era titular el fallecido padre de los demandantes, indistintamente con la demandada. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

75. La cotitularidad en cuenta corriente no es comunidad de bienes.—En el contrato de cuenta corriente la relación jurídica se establece entre el depositante de los fondos, único dueño de los mismos, y el banco depositario. La existencia de varios cotitulares implica que en favor de todos ellos existe una disponibilidad de dichos fondos contra el Banco que los retiene sin que ello implique un condominio. La titularidad de los mismos viene determinada únicamente por las relaciones internas entre depositante y depositario y, en concreto, por la propiedad originaria del numerario que nutre dicha cuenta.

Doctrina del litisconsorcio pasivo necesario.—La Caja de Ahorros depositaria de los fondos de una cuenta corriente no es titular del interés que se requiere para la existencia de litisconsorcio pasivo necesario. Éste tiene lugar respecto de aquellos sujetos titulares de derechos que se integran en la relación jurídico material que se debate; su finalidad no es otra que evitar que la sentencia caída en un proceso afecte de modo directo y perjudicial y con efectos de cosa juzgada a personas que no han sido parte en el proceso y que, por tanto, no han tenido la posibilidad de ser oídas y de defenderse. En este sentido, es insuficiente la existencia de un mero interés en el resultado del litigio.

Doctrina de los actos propios.—La doctrina de los actos propios requiere que el acto en cuestión tenga un significado y una eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada, es decir, que exista una incompatibilidad o contradicción entre la conducta anterior y la pretensión actual. Dichos actos, además, deben poder ser calificados de concluyentes, indubitados y con plena significación inequívoca. (STS de 31 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—F. A. M. concluyó un contrato con E. de la F. G., M. A. A. M. y M. A. F. A. en virtud del cual éstos figurarían como cotitulares de dos cuentas corrientes depositadas en la *Caja de Ahorros del Mediterráneo* abastecidas con fondos de la exclusiva pertenencia de F. A. M. Posteriormente este último ejercitó acción reivindicatoria contra los cotitulares de las cuentas corrientes, acción que fue estimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia, como por la Audiencia Provincial.

NOTA.—Cabe preguntarse cuál habría sido la decisión del TS si la propiedad originaria de los fondos no hubiese estado tan clara como en el supuesto de hecho de la sentencia analizada. La cuestión

que se plantearía en estos casos es la determinación de la titularidad de los fondos. A este propósito pueden distinguirse dos corrientes jurisprudenciales: por una parte aquellas sentencias que aplican el artículo 1138 CC para estos supuestos de tal manera que los fondos depositados se dividen en partes iguales entre los cotitulares (SSTS de 12 de marzo de 1987 y 21 de noviembre de 1994). Por otra parte aquellas otras en las que se afirma que no cabe la atribución por partes iguales pretendida por la postura anteriormente expuesta, ya que se trata de una cuestión de prueba dentro de las relaciones internas entre los titulares bancarios (SSTS de 19 de diciembre de 1995, 5 de julio de 2000 y 25 de mayo de 2001). Destaca especialmente la STS de 7 de julio de 1992 en la que los herederos de uno de los cotitulares solicitan la totalidad de los fondos al Banco depositante. Ante su negativa dichos herederos interponen acción contra el mismo, acción que se acumula a la ejercitada por el cotitular superviviente cuya solicitud posterior del 100 por 100 de los fondos fue igualmente desatendida por el Banco. La aplicación de las reglas de la solidaridad activa llevan al TS a conceder el 100 por 100 de los fondos a los herederos por haber sido los primeros en solicitarlo, sin entrar en el tema de la titularidad de los fondos. La cuestión que debería plantearse es si en el caso de cotitularidad de cuentas corrientes en el que el régimen de la solidaridad activa se establece en interés, no ya del Banco deudor, sino de los propios acreedores solidarios, el ejercicio contradictorio de la solicitud del crédito no implicaría la extinción de la solidaridad activa. Podría incluso irse más allá y entender que en este tipo de supuestos la relación entre los acreedores solidarios se basa en la confianza por lo que podría configurarse como un mandato recíproco que, por tanto, se extingue por la muerte de uno de ellos (art. 1732 CC). (B. F. G.)

76. Contrato de seguro. Infarto de miocardio causa excluida del concepto de accidente corporal.—En el infarto de miocardio objeto del litigio no existe la dinámica externa y violenta propia del accidente corporal, ya que el actor padeció una angina de pecho diagnosticada hace diez años, tampoco se ha comprobado que el infarto tuviese alguna causa externa determinante de producción fuera de la puramente orgánica, pues, del propio relato de los hechos constatados se deriva que el mismo se produjo, sin más, cuando el actor, veterinario de profesión se dirigió a su lugar de trabajo. Tesis contraria implicaría calificar de accidente corporal cualquier enfermedad o deterioro permanente en la salud del asegurado, que, exclusivamente, proviniese de su estado psicosomático o naturaleza corporal deficitaria. (STS de 20 de junio de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don P. R. G. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Albacete, demanda contra *Previsión Sanitaria Nacional* sobre reclamación de cantidad en virtud de contrato de seguro. La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Albacete estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró que había lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

77. La previsión del artículo 48, párrafo segundo, LCS.—Que recoge una manifestación normativa específica para el seguro de incendios de la norma genérica del artículo 19 de la propia Ley, requiere para su aplicación que el supuesto fáctico, consistente en que el incendio se haya *originado* por dolo o culpa grave del asegurado, se haya planteado y debatido en el proceso, sin que baste para tal aplicación que resulte de las pruebas practicadas.

El deber de información de la agravación del riesgo viene atribuido por el artículo 11 al tomador o al asegurado.—A diferencia de lo que ocurre con el deber de información, antes de la celebración del contrato, acerca de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, que corresponde al tomador del seguro (art. 10 párrafo primero). Cualquiera de los dos puede cumplir el deber, pero en modo alguno el asegurado se puede excusar en el tomador cuando conoce, y además es singularmente responsable de las circunstancias que determinan la agravación.

En cuanto a la agravación del riesgo.—Es tan clara la base fáctica (incendios repetidos en el local, requerimientos del Ayuntamiento y de la Presidencia de la Comunidad, etc.) que resulta carente de explicación del dueño de la finca asegurada, y justifica la calificación de haber actuado de mala fe efectuada por la resolución recurrida, tanto más si se tiene en cuenta que este aspecto no se ha planteado adecuadamente en la casación. (STS de 20 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El propietario de un local comercial reclama de la aseguradora la indemnización de los daños derivados de un incendio, más el 20 por 100 de recargo previsto en el artículo 20 LCS. El seguro era del tipo multirriesgo de comunidades y había sido concertado por la comunidad de propietarios, alegando la aseguradora que el asegurado había actuado con mala fe al omitir la comunicación de circunstancias sobrevenidas que agravaban el riesgo y concretadas en el estado de abandono del local comercial, acreditado por incendios repetidos en el mismo y requerimientos por parte del Ayuntamiento y de la Presidencia de la Comunidad. En primera instancia y en apelación se absuelve a la aseguradora, en este último caso por entender la Audiencia Provincial que los daños fueron provocados como consecuencia del mencionado estado de abandono, y por tanto existiendo dolo o culpa grave del asegurado. En el recurso de casación se argumentaba que el dolo o culpa grave del asegurado en relación con el incendio no había sido alegado por la aseguradora en ningún momento, y que era el tomador del seguro y no el asegurado quien debía notificar la agravación del riesgo. El TS acoge el recurso en cuanto a la improcedencia de imputar el incendio al asegurado, pero mantiene el fallo recurrido por entender que el asegurado también viene obligado a efectuar esa notificación, que el abandono del local constituye circunstancia que agrava el riesgo, y que la ausencia de notificación por el asegurado, que además es singularmente responsable de la agravación, implica mala fe a efectos de aplicar la liberación del asegurador contemplada en el artículo 12 LCS. (L. M. L. F.)

78. Seguro de responsabilidad civil del cazador. Menor no asegurado.—El artículo 3 de la Ley de caza define como cazador toda persona

mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza, añadiéndose que para obtener la licencia de caza el menor de edad no emancipado necesitará autorización escrita de la persona que legalmente le represente. En este supuesto, el autor material de los daños fue el menor de edad, que no podía estar asegurado, precisamente, por su inidoneidad al respecto, salvo que, naturalmente, hubiera existido un seguro donde figurase éste como beneficiario con la habilitación negocial por parte de sus representantes, pero, que tampoco, dicho menor de edad tenía la consideración de cazador, o sea, no sólo no estaba asegurado, sino que tampoco podía ser cazador, ya que, para ello era preciso que tuviese la licencia correspondiente, licencia que es un requisito formal posterior a la previa autorización por parte de los padres.

Responsabilidad del Fondo de Compensación de Seguros.—El Fondo de Compensación de Seguros no puede responder dado que la inexistencia del seguro obligatorio que amparase al menor, no es por una falta de diligencia imputable voluntariamente a quien ejercitando dicha actividad no cumple con la obligación de concertar el correspondiente seguro obligatorio, sino que lo es, por causa de auténtica imposibilidad, ya que, ese menor no podía estar asegurado, como tampoco podía ser cazador. (STS de 25 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Doña D. S. G. en su nombre y en representación de su hijo don M. C. S., doña A. I. C. S. y doña C. C. S. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Purchena demanda por responsabilidad civil contra los padres y hermano de un menor, la *Compañía de Seguros Reunión* y el *Consortio de Compensación de Seguros* por causa de la muerte accidental del esposo de la demandante, y padre de los codemandantes. El Juzgado de Primera Instancia al apreciar de oficio la excepción de litis consorcio pasivo necesario dictó sentencia absolutoria. Recurrida en apelación la Audiencia Provincial de Almería estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia. El TS declaró haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

79. Aval a primer requerimiento. Concepto.—Se trata de una garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 CC, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan sólo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía.

Carga de la prueba del cumplimiento de la obligación.—Es suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual, artículo 1258 CC, se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la

prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal. (STS de 5 de julio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla demanda contra la *Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución, S. A.*, reclamando el cumplimiento de un aval a primer requerimiento. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

80. Impugnación de acuerdos de la Junta. Acuerdos adoptados bajo el régimen de la Ley de 1951: plazo de caducidad.—El plazo de caducidad de un año del artículo 116.1 LSA-TR 1989 es aplicable a los acuerdos adoptados bajo el régimen de la LSA 1951, sobre la base de suplir el silencio de las disposiciones transitorias de aquélla mediante la DT 4.ª CC y, en consecuencia, distinguir el respeto a los derechos nacidos bajo una norma anterior de la duración y ejercicio de las acciones para hacerlos valer. Debe distinguirse entre lo que es el derecho en sí, y el ejercicio de este derecho, quedando fijado el primero, en su existencia y términos, con arreglo a la legislación que le vio nacer, mientras que, por el contrario, su ejercicio se atemperará al momento en que haya de tener lugar, y al derecho adjetivo que entonces rijan; se trata de una mutabilidad del ejercicio de los derechos, frente a la invariabilidad del derecho subjetivo, y puede entenderse como una excepción al principio general de la irretroactividad de la norma. Literalmente la interpretación que procede hacer de la norma que analizamos debe referirse al «ejercicio», a la «duración» y al «procedimiento» para hacer valer los derechos y las acciones, interesando en el caso de autos sólo la «duración» de los mismos en cuanto a su ejercicio. Esta duración está directamente relacionada con la prescripción extintiva y con la caducidad, encarnando estas dos instituciones la afección del derecho o la acción al tiempo; siendo coherente que el paso del tiempo en el ámbito de la creación del derecho objetivo, mediante el cambio legislativo, afecte también al régimen de la prescripción y de la caducidad de un derecho o acción, aunque hayan nacido con anterioridad. Cuando se presenta la demanda origen de esta litis, ya estaba vigente la nueva LSA del año 1989, y aplicando el verdadero sentido interpretativo de la norma legal, que precisamente cita el recurrente (DT 4.ª CC) es obligado tener en cuenta el íntegro contenido del artículo 116 de esta nueva legislación, por cuanto en el mismo se regula «el ejercicio, la duración y el procedimiento» para hacer valer la acción de nulidad que se postula. Y no caben distinguiendo de clase alguna en la aplicación retroactiva de estas normas de carácter adjetivo, pues en el tantas veces citado artículo 116 de la nueva Ley, se dan normas referidas, no sólo al tiempo de duración de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales, sino también del comienzo del cómputo de los mencionados plazos.

Acuerdos no susceptibles de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil bajo la ley de 1951.—El cómputo de los plazos de caducidad se inicia en la fecha de publicación de los acuerdos en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, BORME, si los acuerdos fueran inscribibles, en tal caso faltaría un presupuesto de aplicabilidad de la nueva norma respecto de algunos de los acuerdos impugnados, inscribibles e inscritos en el Registro

Mercantil pero lógicamente no publicados en el *BORME* porque el Boletín fue consecuencia precisamente de la nueva normativa (DF 1.ª, 3.ª y 4.ª de la Ley 19/1989) en cuanto clave del nuevo régimen de publicidad que por imperativo de la primera directiva comunitaria de sociedades instaura la nueva Ley, según rezaba la Exposición de Motivos del RD 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprobó el por entonces nuevo Reglamento del Registro Mercantil según ordenaba la DF 4.ª de la Ley 19/1989; y desde este punto de vista no sería irrazonable la solución adoptada por el Tribunal de instancia, es decir, que el término inicial del cómputo del plazo de un año fuera la fecha de entrada en vigor de la LSA-TR 1989, coincidente a su vez con la entrada en vigor de la Ley 19/1989 (DD del RDLeg 1564/1989 por el que se aprobó aquel TR y DF 3.ª de la Ley 19/1989). Pero dicha solución del Tribunal de instancia carecería de sustento en norma alguna y, además, seguiría contando con el inconveniente de prescindir de la publicación del acuerdo en el *BORME*. De aquí que, ante el silencio de la Ley 19/1989 y del RDLeg 1564/1989 sobre régimen transitorio en la materia específica de caducidad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales, deba aplicarse la DT 4.ª CC, tomando como fecha inicial del cómputo del plazo de un año la de adopción del acuerdo y, si éste fuera inscribible, a lo sumo la de su inscripción en el Registro Mercantil, ya que de otro modo se daría el contrasentido de que los acuerdos sociales inscribibles adoptados bajo la vigencia de la normativa anterior pudieran quedar indefinidamente bajo la amenaza de una acción de impugnación no sujeta a plazo alguno por no ser publicables en el *BORME*, consecuencia a todas luces incompatible con la nueva normativa y con el espíritu general que la presidió.

Voto particular.—La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 reconoce al accionista una facultad, la de impugnar los acuerdos sociales que estime contrarios a la ley y esta facultad carece de plazo de caducidad específico, por lo que se aplica el plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964, 2.º inciso, CC, de quince años. La Ley de Sociedades Anónimas de 1989 impone al ejercicio de esta facultad el plazo de caducidad de un año. Este nuevo plazo anual se impone, a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, el 1 de enero de 1990 computando a partir de este día dicho plazo, pero sin que ello signifique que los acuerdos tomados antes de un año, queden automáticamente inimpugnables por haber transcurrido el nuevo plazo de caducidad. Por las siguientes razones: la DT 4.ª CC dispone que «las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente»; por tanto, la facultad o el derecho o la acción de impugnar el acuerdo social que se estima contrario a la ley, subsiste sin que quede eliminado por caducidad, por la nueva ley; aquella DT sigue diciendo: «... pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código», es decir, en la nueva ley; por tanto, aquel derecho a impugnar el acuerdo social contrario a ley, se podrá ejercitar, conforme a la nueva ley y desde que ésta entre en vigor, no antes, conforme al ejercicio, duración y procedimiento que señale la nueva ley. Tal derecho a impugnar el acuerdo, desde la entrada en vigor de la Ley de 1989 se ejercerá, durará un año y seguirá el procedimiento de ésta; durará, así, hasta el 1 de enero de 1991. Norma transitoria del Código civil que se aplicará al caso presente, pues nada prevé la Ley de Sociedades Anónimas, en virtud del artículo 4.3 CC. Por otro lado, la nueva Ley de Sociedades Anónimas contiene una

norma, que puede considerarse de derecho procesal, sobre la acción de impugnación de acuerdos sociales: esta norma se aplica al acuerdo social tomado antes de su entrada en vigor y, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento se aplica la nueva ley, desde que entre en vigor (1 de enero de 1990) por lo cual, desde la entrada en vigor, aquella acción tendrá un plazo de caducidad de un año. Pero en ningún caso se aplicará a la facultad de impugnar un acuerdo social, de tal modo que si fue tomado más de un año antes de dicha entrada en vigor, lo declare extinguido por caducidad. Además, el artículo 9.3 CE dispone que ésta «garantiza la seguridad jurídica» y aunque es un principio de carácter muy general, puede aplicarse al caso presente. En efecto, un socio de sociedad anónima tiene el derecho –más bien la facultad– de impugnar el acuerdo social que él estima que es contrario a la ley, sin plazo de prescripción o caducidad. Se dicta una nueva Ley de Sociedades Anónimas que sí establece un plazo de caducidad de un año para aquella impugnación. Si tal plazo lo aplicamos, no desde la entrada en vigor de la nueva ley, sino que declaramos caducada la facultad de impugnar los acuerdos que han sido tomados antes de un año, se quiebra el principio de seguridad jurídica que tenía aquel socio, al quedar su facultad de impugnar eliminada por la nueva ley. El mismo artículo 9.3 CE no permite la retroactividad en leyes restrictivas de derechos, y entender que una norma mercantil declara extinguido por caducidad el derecho a impugnar un acuerdo social que se estima contrario a la ley, es aplicar retroactivamente una ley restrictiva de derechos individuales, lo cual proscribe la mencionada norma constitucional. También el artículo 24.1 CE proclama el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, luego si una ley posterior declara caducado el ejercicio de la acción para aquella impugnación, le está privando la tutela judicial efectiva en este punto concreto. (STS de 26 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don V. G. F. interpuso, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia, demanda contra la compañía mercantil *Automoción del Sureste, S. A.*, solicitando la impugnación de acuerdos sociales por nulidad de diversas Juntas generales ordinarias y extraordinarias de la sociedad anónima. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró que no había lugar al recurso de casación planteado por el actor y sí el interpuesto por la entidad demandada. Se formuló voto particular. (N. D. L.)

81. Sociedad Anónima. Derecho de información del socio: presupuesto.—El ejercicio del derecho de información precisa la previa solicitud de tal información, bien con anterioridad o bien en la propia Junta, sin que sea suficiente que el socio manifieste su oposición en la Junta, pues en tal caso, no se trataría de información denegada, sino de información no suministrada porque no se recabó, con lo que el derecho dejó de ejercitarse, dado que si no se peticiona no se genera el correspondiente derecho a obtener respuesta informativa.

Valoración del Balance.—La valoración del activo inmovilizado de la sociedad se ajustará al precio de adquisición, en tanto que el activo circulante se valorará por el costo de producción o por el precio de adquisición, rigiendo

el principio de prudencia valorativa. (STS de 30 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. M. y don P. C. M. interpusieron ante el Juzgado de Primera Instancia de Granada núm. 7 demanda sobre impugnación de acuerdos sociales de sociedad anónima y derecho de información contra la entidad mercantil *Gimnasio Triunfo, S. A.* La sentencia de instancia desestimó la demanda. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El TS declaró que no había lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

82. Letra de cambio. Abstracción procesal.—El negocio cambiario se presenta abstracto en el orden procesal, cuando se utiliza la letra como título ejecutivo, y procede la inversión de la carga de la prueba, en cuanto corresponde al demandado demostrar que el negocio carece de causa, es lo que se conoce como abstracción procesal, que tiene apoyo en la presunción de la existencia de causa que declara el artículo 1277 CC, aunque el crédito cambiario resulte autónomo respecto a la obligación subyacente, y cuando opera entre quienes no están vinculados por relaciones extracambiarías, no ocurre así y no quedan desvinculados de las relaciones subyacentes, sino que resulte causalizado si afecta y se tiene en cuenta respecto a quienes formen parte de tales relaciones, pues se trata de obligación cambiaria *inter partes*, que es decisivamente causal y está sometido a la reglamentación del negocio convenido, que le sirve de soporte, ya que normalmente los títulos cambiarios se entregan con finalidad de pago y cumplimiento de la obligación subyacente, conforme al artículo 1170 CC, lo que determina que la acción causal se active cuando los efectos quedan impagados y reviva el negocio causal que motivó la emisión de las letras, recobrando la causa valor decisivo.

Carga de la prueba.—Correspondía al proponente la demostración cumplida de que se había entregado efectivamente el dinero como adelanto para la ejecución del contrato concertado, al tratarse de hecho constitutivo de su pretensión, conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada. (STS de 4 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La *Promotora Marín, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ourense demanda contra *Construcciones Fleming, S. L.*, don L. S. P. y don R. P. S. por incumplimiento de contrato de ejecución de obra. La sentencia de instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincia de Ourense estimó parcialmente el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (N. D. L.)

83. Quiebra. Retroacción: orientación jurisprudencial reciente.—La jurisprudencia, en los diez últimos años, ha fijado de manera casi absoluta el criterio denominado estricto o rigorista, con arreglo al cual se consideran afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así las SS de 19 de diciembre de 1991, 11 de noviembre de 1993, 20 de octubre de 1994, 28 de octubre de 1996, 26 de marzo de 1997 y 25 de octubre de 1999.

Preferencia del artículo 878 CCO frente al artículo 34 LH: argumentos.—El Alto Tribunal ha defendido como regla general la inoperancia de este precepto frente al rigor del artículo 878 CCO. Así, las SS de 17 de marzo de 1958, 15 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 2000, en consecuencia, devienen automáticamente nulas las hipotecas constituidas con posterioridad a la fecha a que se retrotraen los efectos de la quiebra, y se prescinde para declarar tal nulidad de la buena o mala fe de los adquirentes o subadquirentes de los bienes del quebrado, puesto que la Ley no hace distinciones ni excepciones de su imperatividad al régimen registral, dando lugar a un «vicio de origen» que no se subsana por transmisiones posteriores sino que se arrastra y las vicia igualmente. La sentencia recoge varios argumentos a favor de dicho criterio, *por un lado*, el artículo 34 LH nunca puede amparar a quien contrata directamente con el quebrado, pues aquél no es en puridad tercero, y la adquisición hecha al quebrado será nula por aplicación del artículo 878 CCO y como tal no podrá ser convalidado pese a su inscripción registral; *por otro*, una aplicación indiscriminada del citado artículo 34 LH en favor de los subadquirentes acabaría con la eficacia del artículo 878 CCO al impedir el reintegro de los bienes a la masa de la quiebra siempre que el adquirente directo del quebrado transmitiera rápidamente a terceros de buena fe que con igual celeridad inscribieran asimismo su derecho; además, los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 CCO, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de «inexactitud del Registro».

Alcance del artículo 10 de la Ley del mercado hipotecario.—La posible incidencia del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de mercado hipotecario, en cuanto exige prueba del fraude en la constitución de gravamen dejando a salvo al tercero que no hubiera sido cómplice de aquél, se trata de una excepción a aquel principio de nulidad absoluta, excepción por tanto que sólo se dará dentro del ámbito regulado por dicha Ley. (STS de 22 de mayo de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *Promotora Ural 2, S. L.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz demanda contra las compañías mercantiles *Promotora Ural 2, S. L.*, *Grupalsa, S. A.*, y *Marvemar Jarama, S. A.*, solicitando la nulidad de diversos contratos de compraventa y el reintegro de los bienes vendidos a la masa activa de la quiebra. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Navarra estimó los recursos presentados. El TS declaró que no había lugar a los recursos de casación. (N. D. L.)

84. Retroacción de la quiebra.—El carácter categórico del artículo 878 CCO no ofrece dudas: «todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época en que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». Esta nulidad es absoluta o de pleno derecho y tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia se han mostrado estrictos a la hora de su

aplicación, pues la declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 CCO: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes; no se trata de un estado civil, ni de una incapacitación, sino de una prohibición legal.

Aplicabilidad del artículo 10 de la Ley 2/1981, de mercado hipotecario.—La regla del artículo 10 de dicha ley especifica las condiciones en que pueden ser impugnadas las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo segundo en supuestos de retroacción de la quiebra, tiene carácter especial y exige, en primer término, que se acredite que la «entidad financiera» en cuestión actúe otorgando los préstamos y emitiendo los títulos regulados en la misma, de manera que habrá que justificar en qué medida la operación de préstamo ha tenido no sólo las finalidades prevenidas en el artículo 4, sino demostrar y probar la determinación de los demás requisitos causantes de las «operaciones activas» que cobran sentido en razón de las «operaciones pasivas» que asimismo desarrolla la Ley. (STS de 12 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de la *Compañía Fomento de Viviendas Sociales, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid demanda contra la entidad *Caja Postal de Ahorros, S. A.*, sobre nulidad de contrato. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. La Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recuso de apelación. Recurrída en casación, el TS declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

85. Retroacción de la quiebra. Efectos.—La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo, CCO ha sido mantenida reiteradamente por el TS, en el sentido de que la declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y de disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta que produce sus efectos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado. Tal nulidad deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 CCO: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes; no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos, pues siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de derecho de todo su patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia (absoluta, o sea frente a todos) de cuanto actos de dominio y administración haya realizado contraviniéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación.

Retroacción de la quiebra y fe pública registral.—El artículo 878 CCO dispone la nulidad de *sus* actos de dominio y administración, refiriéndose aquel pronombre (*sus*) al quebrado, por lo que la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha realizado el quebrado sino el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 LH al que se le aplica el principio de fe pública registral. (STS de 14 de junio de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de *Construcciones Naviz, S. A.*, presentó demanda en pretensión de la aplicación del artículo 878, párrafo 2.º, CCO y consiguiente declaración de nulidad de sendas ventas de viviendas y cancelación de asientos registrales y de pagos al *Banco Central Hispanoamericano* y de no poderse devolver las mismas fincas, la condena al abono de su valor. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao desestimó íntegramente la demanda, sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de la misma ciudad; recurrida en casación dicha sentencia el TS declara que no ha lugar al recurso. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

86. Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional. La motivación de las sentencias es una exigencia formal y requisito ineludible de la actividad judicial.—Por imperativo del artículo 120.3 CE la motivación es una exigencia formal de las sentencias, puesto que deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo, lo que concuerda con el artículo 248.3 LOPJ. La motivación del pronunciamiento es requisito ineludible de la actividad judicial.

Alcance de la incongruencia omisiva.—Existirá incongruencia omisiva cuando se omite todo razonamiento respecto de algún punto esencial, aunque no es extensivo a todas las alegaciones, sino a los aspectos fácticos que sirvan de base para exteriorizar el fundamento jurídico de la decisión y para permitir su control, aunque no sea necesaria una referencia exhaustiva siempre que permita esas dos finalidades, ya que es inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE, bastando que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación ajena a toda arbitrariedad y que permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos (cfr. SSTs de 12 de junio de 1988, 7 de marzo de 1992 y 1 de junio de 1999). (STS de 16 de mayo de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Doña A. F. R. interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial contra don G. R. G., la cual prospera en primera instancia pero no en la Audiencia. La actora recurrió en casación al entender que hubo falta de motivación en la sentencia de la Audiencia, al omitir pruebas admitidas y practicadas, lo que le ocasionó indefensión. El TS da lugar al recurso al decretar la nuli-

dad de las actuaciones y retroacción de las mismas al momento procesal inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia en el recurso de apelación. (*I. D. L.*)

87. Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Contenido: se exige que la decisión que se adopte esté motivada.—Los fallos han de ir precedidos de fundamentos para que formando una unidad lógica con los antecedentes, se produzca una respuesta judicial ajustada y proporcionada, es decir, relacionada con las peticiones de las partes, y resolviendo todos los puntos sometidos a la decisión judicial. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, lo cual quiere decir que la decisión que se adopte ha de estar motivada, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente, sin que sea preciso una concreta respuesta a todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes puedan efectuar; puesto que una motivación escueta y concisa no deja por ello de ser motivación.

La ausencia de todo razonamiento respecto a alguna pretensión esencial equivale a una resolución no fundada en Derecho.—Como ha precisado la doctrina constitucional en reiteradas ocasiones, cuando se omite todo razonamiento respecto a alguna de las pretensiones esenciales, no se puede entender que se ha dictado una resolución fundada en Derecho, por lo que se vulnera el derecho fundamental establecido en el artículo 24.1 CE.

Motivación de las sentencias: es necesario que se expresen los fundamentos fácticos y jurídicos de la desestimación.—La motivación es una exigencia formal de las sentencias en cuanto deben expresar las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (cfr. SSTC 74/1987, de 25 de mayo; 264/1988, de 22 de diciembre, y STS de 26 de enero de 1999). En el caso, la apreciación de inexistencia de justa causa de la rescisión unilateral del contrato carece de toda motivación ya que no expresa las razones de hecho en que la misma se apoya. Se impide así conocer cuáles son los fundamentos fácticos y jurídicos de la desestimación de los medios de oposición a la pretensión actora, usado por la demandada y, en consecuencia, de impugnar el fallo en cuanto se funda en esa fundamental declaración. (**STS de 16 de mayo de 2000**; ha lugar.)

HECHOS.—Por el demandante se solicitó la indemnización de daños y perjuicios causados por la resolución unilateral del contrato de distribución en exclusiva que le ligaba con la demandada, así como reclamación de otras cantidades debidas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga revocó la sentencia de instancia, condenando a la demandada a abonar determinadas cuantías en concepto de indemnización y cantidades debidas. El TS da lugar al recurso y declara la nulidad de lo actuado, mandando retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia casada, para que por la Audiencia se dictara una nueva debidamente motivada. (*L. A. G. D.*)

88. Recurso de casación. Infracción de normas reglamentarias: criterio general.—La infracción de normas reglamentarias, es decir, normas de rango inferior a la ley, no pueden servir de base a un recurso de casación

(SSTS de 29 de julio de 1998 y 13 y 15 de octubre de 1999, entre otras). La expresión «ordenamiento jurídico» del núm. 4 del artículo 1692 LEC de 1881 tiene el sentido y el contenido del núm. 1 del artículo 1 CC (SSTS de 22 de mayo de 1991 y 7 de diciembre de 1993, entre otras), por lo que abarca sólo la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

Cabe la posibilidad de invocar como infringidas normas reglamentarias cuando tengan una norma legal como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas (SSTS de 30 de diciembre de 1998 y 20 de octubre de 1999 entre otras muchas).

Excepción.—Excepcionalmente se admite el que un recurso de casación se pueda fundamentar en una disposición de rango inferior a la ley, pero tal posibilidad se circunscribe a las hipótesis en que la normativa civil esté constituida por la disposición que se invoca, y, por ende, es preciso que el Derecho reconozca, limite o niegue un derecho civil.

Eficacia de las certificaciones del Registro civil.—Si una certificación del Registro civil sólo extiende su eficacia u operatividad a determinados datos en exclusiva, y no sirve para acreditar o advenir otros diferentes de aquéllos, la inclusión de alguno de éstos resulta irrelevante en relación con la función de la certificación, por lo que la actuación del certificador al incorporarlos al documento constituye una irregularidad formal, pero no puede servir de fundamento para interponer un recurso de casación, máxime si no tiene un interés jurídico trascendente. (STS de 7 de abril de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora solicita la declaración de nulidad de una certificación del registro civil (que al parecer fue aportada y tenida en consideración entre otras pruebas en otro proceso civil) mediante la cual se contiene mención de los padres del padre adoptivo de la codemandada, tal y como si de los abuelos paternos de ésta se tratase, cuando en realidad en el acta de nacimiento de la codemandada figuran otras personas como abuelos paternos (los padres del padre biológico). La demanda fue desestimada en el juzgado y en la Audiencia. No prosperó el recurso de casación. (I. D. L.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LV, 2002

FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Juan B. VALLET DE GOYTISOLO: «Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificación y funciones»	5
Carlos VATTIER FUENZALIDA: «Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico»	67
Regina GAYA SICILIA: «El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos»	91
Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO: «Los contratos ilegales en <i>Common Law</i> »	115
Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ: «La comunidad funcional»	163
Estudios jurisprudenciales	
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «La ineficacia de la liquidación de la sociedad de ganaciales: estudio jurisprudencial»	225
Bibliografía	
LIBROS	
GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «El derecho de autor en internet. La Directiva sobre derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información», por Alfonso González Gonzalo	257
GUZMÁN BRITO, Alejandro: «La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX», por Hernán Corral Talciani	267
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	271
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep M.ª BECH SERRAT, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, M.ª Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis A. GODOY DOMÍNGUEZ, Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas A. PÉREZ MARTÍN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Ignacio TIRADO MARTÍ. Monserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	317

