

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2002



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
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 OLIVÉNCIA RUIZ
GABRIEL GARCÍA CANTERO	JOSÉ POVEDA DÍAZ
ANTONIO GORDILLO CAÑAS	LUIS PUIG FERROL
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS	IGNACIO SOLÍS VILLA
JUAN JORDANO BAREA	

SUMARIO

Pág.

Estudios monográficos

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de ordenación de la edificación»	413
Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ: «Acerca del derecho de abstención de los créditos tributarios en el convenio de la quiebra de la sociedad anónima»	627
José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE: «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa»	641
Covadonga MARTÍNEZ DE BEDOYA: «Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos»	659

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO	711
--------------------------------	-----

Bibliografía

NOTA CRÍTICA

- GARCÍA CARRASCO, Consuelo: «Supuestos de hecho de la *exceptio non numeratae pecuniae* en el Derecho romano», por María del Pilar Pérez Álvarez 737

LIBROS

- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El euro. Paridad, continuidad, conversión y redondeo», por Carlos Javier Vattier Lagarrigue 751
RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: «Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia», por Azahara Rodrigo Alarcón 759

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA 763

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS COMENTADAS

- Enrique RAMOS CHAPARRO: «Incapacidad de obrar y acciones personalísimas de estado. (A propósito de la STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre)» 809

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Javier LARENA BELDARRAIN, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Óscar MONJE BALMASEDA, María del Carmen PLANAS ARNALDOS, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ 823

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: 65,00 € (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.: 91 538 21 11
Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LV, FASCÍCULO II
Abril-junio, 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.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de ordenación de la edificación *

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La recepción de la obra en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*—III. *La recepción de la obra en el Derecho comparado.* 1. Derecho francés. 2. Derecho italiano. 3. Derecho alemán. A) La recepción de la obra en el BGB. B) La recepción de la obra en la VOB-B. 4. Derecho portugués. 5. Derecho suizo.—IV. *La recepción de la obra en el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994.*—V. *La recepción de la obra en el Código civil español.* 1. Consideraciones generales. 2. El concepto de recepción de la obra. 3. La entrega de la obra. 4. La verificación de la obra. 5. La aprobación de la obra. 6. Las clases de recepción de la obra. A) La recepción expresa y la recepción tácita. B) La recepción con reservas y la recepción sin reservas. C) La recepción definitiva y la recepción provisional. D) La recepción total y la recepción parcial. 7. Los efectos de la recepción definitiva de la obra. 8. Los efectos de la recepción provisional de la obra.—VI. *La recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación.* 1. Consideraciones generales. 2. El concepto de recepción de la obra. 3. El acta de recepción de la obra. 4. Las clases de recepción de la obra. A) La recepción expresa y la recepción tácita. B) La recepción con reservas y la recepción sin reservas. C) La recepción provisional y la recepción definitiva. D) La recepción total y la recepción parcial. 5. Los efectos de la recepción definitiva de la obra. 6. Los efectos de la recepción provisional de la obra. 7. El rechazo de la recepción de la obra. 8. La trascendencia de la recepción definitiva para configurar las diversas responsabilidades del constructor por la ejecución viciosa de la obra.

* Estando en prensa este estudio monográfico se ha publicado la monografía de SAN SEGUNDO, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 2001, y también los *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, dirigidos por Parejo, Madrid, 2001, en los que se analiza la recepción de la obra, especialmente en las páginas 138 y siguientes. Además, la monografía de MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *La figura del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Pamplona, 2002.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 1978 publiqué en el *Anuario de Derecho Civil* un estudio sobre la recepción de la obra¹, en el que traté de exponer el régimen jurídico de la misma teniendo en cuenta la normativa del Código civil. Los numerosos años transcurridos y sobre todo la reciente promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 (BOE de 6 de noviembre), aconsejan revisar lo escrito entonces, máxime cuando la citada Ley disciplina con amplitud la recepción cuando se trata de un edificio. Coexisten por tanto la normativa del Código civil y la de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Es preciso examinar de manera autónoma la problemática que plantea la recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación.

Tal vez por ello, en nuestra doctrina se ha estudiado recientemente de manera independiente el contrato de obra de bienes muebles, destacando sus numerosas peculiaridades respecto al que se refiere a bienes inmuebles (básicamente, edificios), lo que se advierte claramente en el régimen de la recepción de la obra².

Como tarea previa es imprescindible exponer la disciplina de la recepción de las obras públicas, que aparece en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo de 16 de junio de 2000 (BOE de 21 de junio), en la medida en que ha sido tenida en cuenta por nuestro legislador al elaborar la Ley de Ordenación de la Edificación, así como la regulación de la recepción de la obra en el panorama del Derecho comparado, y en concreto, la de aquellos Códigos civiles que la disciplina adecuadamente, debido a que pueden servir de modelo para la futura reforma de nuestro Código civil sobre el contrato de obra, absolutamente necesaria, especialmente tras la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación. También hay que tener en cuenta el Proyecto de Ley por el que se trató de modificar la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994, ya que disciplina ampliamente la recepción de la obra, y puede

¹ CABANILLAS, «La recepción de la obra», *ADC*, 1978, pp. 287-314.

² LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, Madrid, 2001.

En este sentido es muy clara la posición de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN al exponer el régimen del contrato de obra, y en concreto, el de la recepción de la obra en *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 2001, pp. 380 ss.

por ello servir de modelo para la futura reforma del Código civil sobre el contrato de obra.

II. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995, modificada por la Ley de 28 de diciembre de 1999, derogó a la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, regulando con amplitud la recepción de la obra. Con posterioridad, ha aparecido el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo de 16 de junio de 2000.

La recepción de la obra es disciplinada básicamente por el artículo 147, que está en conexión con el artículo 110 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas³.

Con la Ley de 18 de mayo de 1995 desapareció la duplicidad de recepciones, provisional y definitiva, que regulaba la Ley de Contratos del Estado. Ahora los artículos 110 y 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contemplan en este sentido una única recepción a la que sigue un plazo de garantía⁴.

El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto (art. 110.1).

En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características del objeto del contrato. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando dicha comunicación sea preceptiva, el acto para su asistencia potestativa al mismo en sus funciones de comprobación de la intervención (art. 110.2).

En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objecio-

³ Sobre estos preceptos, los comentarios de MORENO MOLINA, *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el RD Leg. 2/2000, de 16 de junio*, Madrid, 2000, pp. 416 y ss. y 538 y ss.

⁴ MORENO MOLINA, *Nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 539.

nes por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta Ley o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista.

Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego (art. 110.3).

A la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en el artículo 110.2 concurrirá un facultativo designado por la Administración representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo.

Dentro del plazo de dos meses, contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato (art. 147.1).

Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía.

El plazo de garantía, como observa Moreno Molina⁵, siempre esencial en el contrato administrativo de obras, cumple una finalidad de observación y comprobación del estado real de la obra (STS de 10 de marzo de 1989, RA 1963).

Cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el director de las mismas señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiese efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato (art. 147.2). Esto último sólo si los defectos son sustanciales. Como afirma la STS de 14 de enero de 1991 (Sala 3.^a, RA 538), para resolver el contrato es bastante un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a la legislación civil, como recoge la reciente sentencia de la Sala 4.^a del TS de 23 de septiembre de 1987, aplicable a los contratos del Estado y también a los celebrados por las entidades locales.

El plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares, atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año, salvo casos especiales.

⁵ MORENO MOLINA, *Nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 541.

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 148, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, aplicándose a este último lo dispuesto en el artículo 99.4. En el caso de que el informe no fuera favorable y los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido, durante el plazo de garantía, el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la debida reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello durante el cual continuará encargado de la conservación de las obras, sin derecho a percibir cantidad alguna por ampliación del plazo de garantía (art. 147.3).

No obstante, en aquellas obras cuya perduración no tenga finalidad práctica como las de sondeos o prospecciones que hayan resultado infructuosas o que por su naturaleza exijan trabajos que excedan el concepto de mera conservación como los de dragados no se exigirá plazo de garantía (art. 147.4).

Podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato (art. 147.5).

Siempre que por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurran dichas circunstancias propias del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan (art. 147.6).

Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios durante el término de quince años a contar desde la recepción.

Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista (art. 148).

La recepción de la obra está contemplada con carácter general en el artículo 110 y con carácter especial para el contrato de obra en el artículo 147.

La recepción de la obra no se produce de manera automática, sino que está sujeta al cumplimiento de un conjunto de actividades, tendentes a garantizar la objetividad de la misma.

Tales actividades son el aviso de terminación de la obra, la verificación de la obra y la recepción de la obra.

A partir del momento en que el contratista avisa a la Administración contratante de la fecha en que la obra quedará concluida, surge para la Administración la obligación de examinar y comprobar que la obra se ha ejecutado conforme a lo pactado.

La verificación aparece en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como una actividad implícita dentro de la recepción, debiendo realizarse dentro del mismo plazo previsto para la recepción, siendo éste el de un mes contado desde que se haya producido la entrega o realización del objeto (art. 110.2).

La verificación en el contrato de obra pública no es sólo un derecho de la Administración, sino también un deber irrenunciable, porque el interés público exige que se compruebe que la obra se ha realizado de conformidad al proyecto, no siendo posible que se omita esta actividad, corriendo la Administración el riesgo de no poder exigir después responsabilidad al contratista por los vicios o defectos que ya podía haber apreciado⁶.

La verificación de la obra concluye con un juicio, el cual podrá ser positivo o negativo.

El juicio será positivo, si de la verificación resulta que las obras se encuentran en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas. En este caso, la Administración dará por recibidas las obras, comenzando el período de garantía.

El juicio será negativo, si de la verificación resulta que las obras no se encuentran en estado de ser recibidas. En este caso, se hará constar así en el acta de recepción y el director de las obras señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas, fijando un plazo para subsanar tales defectos. Transcurrido dicho plazo, se procederá a una nueva verificación de las obras (art. 147.2).

En el contrato de obra pública, la recepción encierra un acto de naturaleza compleja por ir unidas la aprobación de la obra y su toma de posesión por la Administración para ser destinada al uso o servicio público previsto⁷.

La recepción se conceptúa como una operación contradictoria, en cuanto que debe realizarse en presencia de un facultativo design-

⁶ JURISTO SÁNCHEZ, *El contrato de obra pública*, Madrid, 1997, p. 484; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 1998, p. 48.

⁷ JURISTO SÁNCHEZ, *El contrato de obra pública*, cit., p. 486; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 49.

nado por la Administración, representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo (art. 147.1).

Sin embargo, aunque la recepción sea concebida como una operación contradictoria, se trata de un acto administrativo y por tanto unilateral, de modo que corresponde única y exclusivamente a la Administración, en virtud del principio de decisión ejecutoria, la calificación sobre el buen o mal cumplimiento del contrato⁸.

En este sentido declara la doctrina de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica y finalidad de la recepción definitiva de las obras y sobre el plazo de garantía, que como afirma la sentencia de 10 de marzo de 1989 (RA 1963) se puede estimar condensada en la de 11 de noviembre de 1986 (RA 8054), de acuerdo con la cual, ante todo ha de resaltarse que el contrato administrativo de obras es un típico contrato de resultado, naturaleza jurídica ésta que, en principio, implicaría que el contratista debería soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro de la obra. Pero el ordenamiento administrativo ha previsto excepciones de aquella regla general que matizan lo que podría parecer una postura de privilegio de la Administración. La recepción definitiva o su denegación constituyen un acto administrativo y por tanto su estructura es unilateral de modo que, aunque en su plasmación formal se exige la presencia del contratista y se produce en el curso de una relación jurídica contractual, se integra por una única voluntad, la de la Administración, en cuyas manos y a virtud del privilegio de la decisión ejecutoria, queda la calificación sobre el buen o mal cumplimiento del contrato, todo ello, obviamente, sin perjuicio de la interposición de los recursos que procedan. La presencia del contratista en el acto de la recepción definitiva o de su denegación, tiene el sentido de garantizar su audiencia en orden al estado de la obra y a las reparaciones que, en su caso, puedan decidirse, pero no la significación de integrar con su voluntad la estructura del acto final del proceso contractual, que se consumará luego con la liquidación final y el abono del saldo resultante. En cuanto al plazo de garantía, siempre esencial en el contrato administrativo de obras, cumple una finalidad de observación y comprobación del estado real de la obra. En consecuencia, su curso no opera automáticamente, sino que se interrumpe cuando se descubre un vicio o defecto en aquélla, o se produce una avería en la misma. Durante este plazo pesa sobre el contratista un deber de conservación y policía de las

⁸ NÚÑEZ MUNAIZ, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, p. 326; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 50.

obras (art. 171 del Reglamento) con sujeción a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que dicte el facultativo de la Administración, hasta tal punto que si descuidase ese deber y además diera lugar con ello a que peligrase la obra, la propia Administración podrá ejecutar los trabajos necesarios para evitar el daño, a costa del contratista.

La recepción se efectuará dentro del plazo de un mes contado desde el momento de haberse producido la entrega o realización de la obra (art. 110.2).

La recepción está sujeta a un requisito de carácter formal, consistente en su constancia por medio de un acta (acta de recepción) que será firmada por todos los asistentes (art. 147.2). Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de abril de 1999, RA 5193; 15 de marzo de 1999, RA 2899; 30 de marzo de 1998, RA 3356; 26 de enero de 1998, RA 333; 21 de enero de 1998, RA 245, con cita de otras muchas) admite la recepción tácita cuando la Administración realiza actos que inequívocamente implican una voluntad de aprobar y hacerse cargo de la obra. La falta de recepción formal no impide entender recibida la obra en forma tácita, si como sucede en los contratos civiles, la Administración realiza actos concluyentes que revelan esta intención.

Son supuestos de recepción tácita los siguientes:

1.^º La entrega de la obra al uso o servicio público, sin reserva alguna por parte de la Administración.

2.^º El pago total del precio.

3.^º La inauguración oficial de la obra.

4.^º El transcurso del plazo adicional de corrección de las anomalías sin que la Administración rechace las obras o resuelva el contrato, pues otra solución implicaría dejar al arbitrio de la Administración el plazo para proceder a la recepción.

5.^º El transcurso del plazo de un mes a contar desde la entrega de la obra por parte del contratista sin haberse efectuado formalmente la recepción de la misma y sin que la Administración haga reserva u objeción alguna, provocará los efectos de la recepción, efectos que no son otros que los propios de la apertura del período de garantía contractual o legalmente fijado, ya que de lo contrario estaría consagrándose la pasividad de la Administración en la emisión de las resoluciones correspondientes, en claro detrimento de los derechos del contratista y de la finalidad misma de los contratos, que tienden a la extinción por cumplimiento de las obligaciones que de ellos nacen⁹.

⁹ RUIZ OJEDA y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Madrid, 1996,

Según la STS de 21 de enero de 1998 (Sala 3.^a) (RA 245), la Corporación demandante dice en apelación que aunque las obras estuvieran entregadas desde 1972 su uso no equivale a que el Ayuntamiento de Écija las haya recepcionado definitivamente, pues la verdad es que la Administración Municipal no ha podido intervenir con sus técnicos en el control de su terminación, lo que ha supuesto indefensión a la hora de poner reparos a la misma, pero, como se comprenderá, no es lícito hacer esta alegación después de catorce años de uso continuo y a satisfacción de las obras de abastecimiento de agua, porque el artículo 7 del Código civil exige que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, y porque el artículo 1258 del mismo cuerpo legal establece que los contratos obligan a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Y no lo es que después de catorce años de uso a satisfacción de la obra, se diga que no se ha tenido ocasión de ponerle reparos.

Como observan Menéndez Rexach y Ortega Bernardo¹⁰, el Tribunal Supremo aplica en esta sentencia, aunque no de modo expreso, la doctrina de que se pueden entender efectuadas de forma tácita la recepción provisional y la definitiva.

Se trataba de un supuesto en el que unas obras de abastecimiento de aguas habían sido objeto de uso continuo durante catorce años por la Administración contratante. El Tribunal Supremo llegó en este caso a estimar que no era necesaria la aprobación formal de un acta de entrega o de recepción, asumiendo implícitamente la conclusión de que la recepción provisional y definitiva se pueden realizar de forma tácita. La justificación de esta conclusión se encuentra, a juicio del Tribunal, en el principio de «buena fe contractual» (arts. 7 y 1258 del Código civil).

A tenor de la STS de 26 de enero de 1998 (Sala 3.^a) (RA 333), los restantes elementos de prueba aportados al proceso confirman de forma concluyente que la Administración, en posesión y uso de las obras, ha dilatado inexcusablemente su recepción, que sólo ha sido denegada formalmente el 3 de noviembre de 1987, esto es, seis años después de su terminación y puesta en uso de las obras, ha dilatado inexcusablemente su recepción, que sólo ha sido denegada formalmente el 3 de noviembre de 1987, esto es, seis años después de su terminación y puesta en uso. Resulta aún que las deficiencias señaladas en este tardío momento tampoco parecen imputables al contratis-

p. 471; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 51; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2000, p. 255; MENÉNDEZ REXACH y ORTEGA BERNARDO, *Justicia Administrativa*, 1998, núm. 1, p. 104; MORENO MOLINA, *Nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., p. 417.

¹⁰ MENÉNDEZ REXACH y ORTEGA BERNARDO, *Justicia Administrativa*, cit., p. 104.

ta, según se aprecia en el informe del Arquitecto Jefe de la Unidad Técnica, por lo que la argumentación en que se fundamenta la apelación carece de consistencia y no puede ser acogida. Debe confirmarse que la recepción provisional y definitiva de las obras se ha producido de forma tácita, como entiende la sentencia de primera instancia y ha declarado esta Sala en casos similares (Sentencias de 22 de julio de 1997, RA 6055, y 11 de noviembre de 1986, RA 8054).

Menéndez Rexach y Ortega Bernardo¹¹ ponen de relieve que en la citada sentencia, el Tribunal Supremo entendió que la recepción provisional y la definitiva se habían producido de forma tácita en un contrato administrativo de obras de reparación y reconstrucción de una escuela, debido a que, una vez finalizadas las obras, fueron usadas y entregadas al uso público por la Administración.

Según la STS de 30 de marzo de 1998 (Sala 3.º) (RA 3356), aunque la recepción provisional y definitiva de las obras ha de formalizarse en un acto expreso de la Administración conforme a los artículos 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado, 170 y 173 de su Reglamento, no menos que los artículos 61 y 63 del Reglamento de 9 de enero de 1953 en el ámbito de la Administración Local, no es menos cierto que para garantizar los derechos del contratista y para hacer efectivo su derecho a la liquidación y pago de las obras, tanto la recepción provional como la definitiva deben producirse en los perentorios plazos señalados en los referidos preceptos.

La recepción provisional de las obras ha de entenderse producida, desde el momento en que terminadas aquéllas, la Administración procedió a la inauguración del edificio, lo destinó al cumplimiento de sus fines y aprobó la liquidación presupuestaria de la obra, a pesar de que no se extendiera la correspondiente acta, pues dicha solemnidad quedó satisfecha con el acto de inauguración, destino y utilización de la obra para su fin y liquidación presupuestaria de la misma, habiéndose satisfecho las correspondientes certificaciones de obra, lo que tal como reconocen las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1977 (RA 4647), 15 de julio de 1981 (RA 3506) y 3 de mayo de 1985 (RA 2888), vienen incluso a considerar como expresión de conformidad y recepción definitiva de la obra, a pesar de la falta de acta de formalización de la misma, todo ello en la línea de los actos administrativos tácitos, en virtud de los cuales, la Administración viene a resolver la cuestión debatida de una forma indirecta, es decir, que sin mediar una resolución expresa de la propia actividad administrativa resulta una voluntad creadora de una situación jurídica concreta.

¹¹ MENÉNDEZ REXACH y ORTEGA BERNARDO, *Justicia Administrativa*, cit., p. 104.

Conviene aquí recordar, que las obras fueron terminadas en enero de 1985, recibiéndose las mismas y dando comienzo en el edificio a las clases para el que estaba destinado el 9 de enero de 1985 siendo cursada el 31 de enero de 1985 la liquidación provisional, no negada ni cuestionada y abonada posteriormente el 19 de enero de 1987.

La STS de 15 de marzo de 1999 (Sala 3.^a) (RA 2899) afirma que la recepción definitiva tiene lugar por el transcurso de los plazos establecidos en los artículos 55 de la Ley de Contratos del Estado y 173 del Reglamento de Contratación, aunque falte la expresa formalización de la misma, siguiéndose así la mecánica del cumplimiento en el contrato de obras, puesto que tal recepción definitiva, como recogen, por ejemplo, sentencias de esta Sala como las de 7, 15 y 22 de noviembre de 1995 (RA 8064, 8334 y 8342) y 26 de enero y 30 de marzo de 1998 (RA 331 y 3356), puede producirse de forma tácita, y se produce, en efecto, cuando, como aquí sucede, no hay constancia de defecto alguno en la realización de las obras, y menos de que, dentro del plazo de garantía, se observaran deficiencias y se comunicaran al contratista, lo que implica un acto tácito de recepción, en virtud de hechos concluyentes, que es lo que recoge la sentencia recurrida, precisamente en aplicación de los preceptos que la recurrente considera infringidos, en cuanto que la inactividad de la Administración, dentro de dicho plazo, sin exigir la corrección de pretendidos defectos de la obra, ha dado lugar a tal recepción definitiva tácita con las consecuencias inherentes.

En materia de contratación de obra pública, la regla general es la recepción de la obra completa y acabada, pues sólo así puede quedar liberado el contratista de su obligación principal. Sin embargo, el artículo 147.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé la posibilidad de recepciones parciales de aquellas partes de obra que puedan ser susceptibles de ser ejecutadas por fases y entregadas al uso o servicio público.

Las recepciones parciales tienen plena autonomía, siempre que el contrato prevea la apertura de las partes a los usos que le son propios¹². Sin embargo, el contratista responderá de aquellos vicios o defectos de coordinación que puedan surgir del conjunto total de la obra, una vez que se ha producido la recepción de todas las partes¹³.

La recepción de la obra produce importantes efectos jurídicos:

1.^º La liberación del contratista de todos los vicios o defectos de construcción que pudiese adolecer la obra, salvo los vicios ocul-

¹² RUIZ OJEDA y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, cit., p. 632; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 53.

¹³ MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 53.

tos en los términos establecidos en el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (SSTS de la Sala 3.^a de 11 de noviembre de 1986, RA 8054, 25 de enero de 1994, RA 500, y 26 de marzo de 1999, RA 3026).

Si en el acta no se hacen constar los defectos apreciados, la recepción habrá producido el efecto normal de extinguir las pretensiones de los aparentes, aunque no de los ocultos (art. 148 TRLCAP)¹⁴.

Como observa Moreno Molina¹⁵, durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía –que no puede ser inferior a un año–, el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse. En el curso de este plazo pesa sobre el contratista un deber de conservación y policía de las obras con sujeción a lo previsto en el pliego de prescripciones técnicas y a las instrucciones que dicte el facultativo de la Administración (STS de la Sala 3.^a de 10 de marzo de 1989, RA 1963).

Transcurrido el plazo de garantía establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo la responsabilidad por vicios ocultos prevista por el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto que no resultó modificado por la Ley de reforma de 1999.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé que el contratista responda de los daños y perjuicios durante el término de quince años desde la recepción y exige para la concurrencia de esta responsabilidad dos circunstancias objetivas: que la obra se arruine y que el vicio de la construcción sea oculto. Por otro lado, frente a lo que establecía el artículo 56 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 ha suprimido la exigencia de que el incumplimiento del contratista sea doloso.

En este sentido, y todavía aplicando la normativa anterior (arts. 56 de la Ley de Contratos del Estado y 175 del Reglamento General de Contratación del Estado), la reciente STS de la Sala 3.^a de 26 de marzo de 1999 (RA 3026) señala que son dos los requisitos imprescindibles para que pueda exigirse al contratista de la obra la responsabilidad por ruina posterior a la recepción definitiva de la obra: que se trate de vicios ocultos y que se deban a un incumplimiento doloso por parte del contratista, entendiéndose el dolo como dolo civil, esto es, como la infracción consciente y voluntaria de un

¹⁴ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 255.

¹⁵ MORENO MOLINA, *Nuevo régimen de contratación administrativa*, cit., pp. 543-544.

deber jurídico que da lugar a la producción de un daño, median-
do entre ambos una relación de causalidad necesaria y prevista (cfr. STS de 23 de mayo de 1983, RA 3415). El derrumbe parcial de que se quiere hacer responsable a la unión temporal de empresas contratista no se debió a un vicio oculto, puesto que la dirección de la obra, que a este respecto expresa la voluntad del dueño de la misma, conocía los materiales que se habían empleado y que dieron lugar al derrumbe parcial y los había autorizado, sin revocar en ningún momento dicha autorización. Tampoco puede imputarse la utilización del material a dolo de la unión temporal de la empresa, actuando a través de sus agentes, puesto que pidió y obtuvo la autorización pertinente de la dirección de la obra, lo que excluye todo elemento de mala fe en el empleo de dicho material. En consecuencia, no cumpliéndose los requisitos que los artículos 56 de la Ley de Contratos del Estado y 175 de su Reglamento exigen para determinar la responsabilidad de la empresa contratista, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia impugnada. La calificación de la responsabilidad derivada de los preceptos citados como contractual o extracontractual, por analogía con lo prevenido en el artículo 1591 del Código civil, ninguna significación tiene para la resolución del extremo debatido, más aún en un caso en que es el dueño de la obra (la Diputación Foral de Vizcaya) el que pretende exigir responsabilidad al contratista.

Con anterioridad la citada STS de 25 de enero de 1994 (RA 500) declara que cabe la exigencia por parte de la Administración de responsabilidad al contratista si su obra hubiese resultado inservible por defectos no apreciados al recibirla, tal como se desprende de los artículos 56 y 175, respectivamente, de la Ley de Contratos del Estado y del Reglamento General de Contratación del Estado.

Menéndez Rexach y Ortega Bernardo¹⁶ puntualizan que la Administración reciba la obra provisional y definitivamente sirve como presunción de que la obra se considera aceptable.

Se entiende que en el ámbito del contrato de obras, cuando la Administración contratante ha recibido provisional y definitivamente las obras, posteriormente corre a cargo de ella demostrar que la obra no se estima aceptable (SSTS de la Sala 3.^a de 22 y 26 de enero de 1998, RA 248 y 333, respectivamente).

2.^º Comienza el período de garantía, que tiene por finalidad comprobar el estado real de las obras. Durante el período de garantía, el contratista es responsable de los defectos (ocultos, no de los

¹⁶ MENÉNDEZ REXACH y ORTEGA BERNARDO, *Justicia Administrativa*, 1998, cit., p. 104.

manifestos si no se hicieron constar en el acta de recepción) que en la construcción puedan advertirse (art. 143.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

3.º Nace a favor del contratista el derecho a que se le abone el saldo resultante de la liquidación (art. 147.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista, redactará un informe sobre el estado de las obras. Si éste fuera favorable, el contratista quedará relevado de toda responsabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 148, procediéndose a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes, aplicándose a este último lo dispuesto en el artículo 99.4.

4.º Durante el plazo de garantía, la Administración retendrá la garantía prestada por el contratista. A tenor del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate o resuelto éste sin culpa del contratista.

En todo caso, deberá ser devuelta o cancelada la garantía una vez transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista (art. 47.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

III. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL DERECHO COMPARADO

1. Derecho francés

En el Derecho francés, se aprecia que existe una regulación diversa de la recepción de la obra cuando el contrato de empresa (*contrat d'entreprise*) tiene por objeto una obra mobiliaria y cuando su objeto es una obra inmobiliaria. Existe una reglamentación específica de la recepción de la obra en el ámbito de las construcciones inmobiliarias.

Para Bénabent¹⁷, lo que caracteriza al contrato de empresa es su extrema diversidad.

¹⁷ BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, París, 1993, pp. 253 ss.

La importancia práctica del contrato de empresa no ha hecho más que crecer en la época contemporánea, con el espectacular desarrollo de la economía de servicios.

La prestación de servicios ha devenido, en la economía actual, tan importante como la venta de bienes, hasta el punto de que se habla algunas veces de la «venta de servicios», expresión impropia jurídicamente, pero que traduce una realidad económica.

Se puede decir que el contrato de empresa se ha convertido en el segundo pilar de una economía de bienes y de servicios: en el sector de los servicios, es semejante a lo que es la venta en el sector de los bienes.

Curiosamente, este desarrollo del contrato de empresa no se ha reflejado en una evolución de los textos legales. Salvo en el sector concreto de la construcción de edificios (únicamente en algunos aspectos, los que conciernen a la responsabilidad y el seguro de los constructores), las disposiciones del Código civil de 1804 no han sido modificadas ni completadas. Estas disposiciones son muy vagas e incompletas, y además traducen en sus propios términos una concepción que hoy en día está totalmente superada del contrato de empresa, denominándolo arrendamiento de obra (*louage d'ouvrage y devis et marchés*).

Como la tendencia contemporánea se dirige a la reglamentación específica de cada actividad profesional, se ha podido decir que el contrato de empresa es un género que cubre especies heterogéneas, adquiriendo algunas un particularismo tan marcado en el interior del género, que han devenido autónomas, como los contratos de construcción.

Existe, no obstante, una teoría general, vinculada a una estructura fundamental idéntica. Es por ello que debe ser estudiado el derecho común en primer lugar, y a continuación examinar las normas especiales dedicadas a los contratos relativos a la construcción de edificios.

También Huet¹⁸ se refiere al régimen general del contrato de arrendamiento de obra o contrato de empresa y a las normas propias de algunos arrendamientos de obra o contratos de empresa, como, por ejemplo, los que tienen por objeto la construcción de una obra inmobiliaria. Sin embargo, a pesar de lo diversas que pueden ser las aplicaciones concretas y los regímenes específicos establecidos por el legislador en diferentes sectores, el arrendamiento de obra obedece a normas generales.

¹⁸ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de Ghastin, París, 1996, pp. 1.114 ss.

A) *Derecho común sobre la recepción de la obra*

Al referirse al derecho común del contrato de empresa, Bénabent¹⁹ no incluye a los artículos 1792 y 1793 del Código civil francés, que se refieren específicamente a la construcción de obras inmobiliarias.

En el marco del derecho común del contrato de empresa, la doctrina y la jurisprudencia se refieren a la recepción de la obra, como vamos a exponer a continuación.

Según Bénabent²⁰, la recepción es el acto por el cual el dueño de la obra reconoce que la misma ha sido ejecutada correctamente. Es pues un acto jurídico que no se confunde necesariamente con la entrega material: si lo más a menudo las dos operaciones son concomitantes, puede suceder que la recepción sea anterior o posterior.

Si bien la recepción es objeto de una reglamentación precisa en los contratos de construcción de inmuebles por la Ley de 4 de enero de 1978, la recepción se aplica también a cualquier contrato de empresa que se refiere a una cosa.

La recepción produce varias consecuencias importantes.

En primer lugar, determina la exigibilidad del precio debido, salvo cláusula en contrario.

En segundo lugar, motiva la transferencia de los riesgos de la obra al dueño.

Pero, sobre todo, cubre los defectos aparentes: habiendo aprobado la obra, el dueño sólo puede denunciar ulteriormente los vicios ocultos. Se dice que cumple el papel de operar una descarga de responsabilidad. La recepción de los trabajos cubre todo vicio o defecto de conformidad aparente que no es objeto de reservas (Civ. 3.^a, 16 de diciembre de 1987, *Bull. Civ. III*, núm. 208). No obstante, esta liberación del contratista sólo se refiere a lo que el dueño ha podido descubrir en el momento de la recepción. No se libera tanto de los vicios como de las consecuencias graves de los vicios aparentes que no podían ser estimadas en el momento de la recepción (Civ. 1.^a, 21 de diciembre de 1964, *J.C.P* 65. II. 14.005; Lyon, 23 de diciembre de 1969, *J.C.P* 70.II.16.557; París, 14 de marzo de 1988, *D.1988. IR. 98*).

La recepción de la obra puede ser expresa o tácita, deducida del comportamiento del dueño: así, la toma de posesión sin reservas equivale a la recepción a condición de que esta toma de posesión

¹⁹ BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 257.

²⁰ BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., pp. 302 ss.; «Louage d'ouvrage et d'industrie. Contrat d'entreprise», en *Juris-Classeur Civil, art. 1787*. Fasc. 10, París, 1992, ap. 242 ss.

revele la aprobación del dueño (Civ. 3.^a, 3 de mayo de 1990, *Bull. Civ. III*, núm. 104); el pago hace presumir la recepción, pero sólo se trata de una presunción simple (Civ. 3.^a, 16 de julio de 1987, *D.1987. 577*).

Cabe la recepción parcial.

La recepción puede ir acompañada de reservas, las cuales marcan los límites de la aprobación dada por el dueño. La misma produce entonces sus efectos salvo para lo que haya sido objeto de las reservas. El dueño tiene entonces derecho a conservar la parte del precio correspondiente y exigir la terminación del trabajo según las vías puestas a su disposición. Los jueces de fondo interpretan sobremaneira la existencia de reservas.

Teniendo en cuenta sus efectos, la recepción constituye una auténtica obligación para el dueño. En efecto, el dueño no puede retrasar arbitrariamente la exigibilidad del precio o la transferencia de los riesgos por un rechazo injustificado de la recepción.

En defecto de recepción amistosa, la recepción puede ser pronunciada judicialmente en virtud de demanda del contratista. La solución es enunciada expresamente por el artículo 1792.6 del Código civil en materia de construcción, pero es válida en cualquier otra materia.

Para Collart Dutilleul y Delebecque²¹, el cliente ha de llevar a cabo la recepción de la obra. La recepción es un acto jurídico unilateral por el cual el dueño de la obra aprueba el trabajo realizado. Este acto entraña numerosas consecuencias: el dueño debe pagar el precio, se convierte en guardián de la cosa, asume los riesgos y no puede quejarse posteriormente de los vicios aparentes. Dicho de otra manera, la recepción equivale a la aceptación de la obra; la misma opera como una descarga de responsabilidad. La solución se comprende, puesto que es preciso poner un término a las obligaciones del contratista. Sin recepción, sería imposible hacer una justa etiología de los daños.

Collart Dutilleul y Delebecque²² entienden que la recepción no es una auténtica obligación. La misma puede ser parcial o definitiva (art. 1791 del Código civil) y el dueño puede rechazar los trabajos o aceptarlos con reservas. En este último caso, preserva su pretensión para obtener la reparación de los vicios aparentes. En los contratos de construcción, la recepción es objeto de una reglamentación pre-

²¹ COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, París, 1991, pp. 510-511.

²² COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 511.

cisa (art. 1792.6 del Código civil). Ésta podría servir úilmente de referencia para los otros contratos.

La entrega es un acto material, contrariamente a la recepción que es un acto jurídico. Las dos operaciones no se confunden. La recepción puede tener lugar antes de la entrega, habiendo dado el dueño de la obra su acuerdo a los trabajos ejecutados antes de la toma de posesión. A la inversa, la recepción puede tener lugar después de la entrega, cuando el dueño no ha tenido tiempo de hacer las verificaciones que se imponen en el momento de su entrada en posesión del bien.

Boubli²³ afirma que el contrato de empresa hace nacer a cargo del dueño de la obra la obligación de recibir la obra.

El dueño debe recibir la obra a su terminación. Se estima, en general, que la recepción es la aprobación dada por el cliente a los trabajos (cfr. Civ. 3.^a, 8 de octubre de 1974, *Bull. Civ. III*, núm. 337) y que es un acto jurídico que marca el final del contrato. Se enseña igualmente que no debe confundirse con el hecho de la entrega o posesión de la obra. Este análisis es propuesto por la doctrina de manera casi unánime y es incuestionable su influencia en la jurisprudencia.

Sin embargo, este análisis no conlleva necesariamente a la adhesión. Dos observaciones pueden ser hechas. La primera es de pura lógica: tomar entrega de la cosa no es recibirla, y por ello, la recepción no es otra cosa que la entrega vista desde el lado del acreedor. La segunda es de puro derecho. Es la entrega la que libera al deudor y no la recepción. La recepción no es otra cosa que la verificación de los trabajos por el dueño de la obra que permite a la entrega que produzca su plena eficacia.

No es la aprobación del dueño de la obra lo determinante; es la entrega conforme lo que libera. La recepción es la constatación de un hecho, y la ley asigna a este hecho unas consecuencias que son las de la entrega.

Boubli²⁴ se refiere a las consecuencias comúnmente vinculadas a la recepción. El dueño puede expresar su desacuerdo si la cosa no es conforme a la convención o a los usos o si tiene vicios; él formula entonces reservas que el arrendador debe satisfacer. La recepción produce efectos importantes. La misma obliga al dueño a pagar el precio; opera la transmisión de la guarda y de los riesgos; y libera

²³ BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», en *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit civil*, IV. Bajo la dirección de Raynaud y Aubert, París, 1994, 2.^a edición, núm. 101 ss., pp. 17 ss.

²⁴ BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», cit., núm. 103 ss., pp. 17-18.

al constructor de los vicios aparentes, pero no de los vicios ocultos respecto a los cuales el arrendador está obligado.

El arrendador tiene derecho a exigir la recepción y puede constreñir al dueño si los trabajos son conformes al encargo y exentos de vicios.

Si se trata de una obra con varias piezas o medidas, la recepción puede ser exigida desde la terminación de cada parte (Código civil, art. 1791: el texto dice «verificación»).

Los jueces de fondo son soberanos para apreciar si el dueño ha recibido y aprobado los trabajos, ya que el pago o incluso la toma de posesión pueden constituir una presunción de aprobación; el artículo 1791 del Código civil precisa que el pago, en el caso de obra con varias piezas o a medida, hace presumir la verificación de las partes pagadas si el dueño paga al obrero en proporción a la obra hecha, pero sólo se trata de una presunción simple.

La toma de entrega y la recepción son una sola y misma cosa: la recepción no es otra cosa que la entrega vista desde el lado del acreedor. Pero la doctrina dominante reserva a la recepción un papel particular en el contrato de empresa, entendiendo que la entrega es una obligación distinta de aquélla.

Huet²⁵ considera que entre las obligaciones del beneficiario de la prestación, se encuentra la recepción de la obra. Esta obligación viene a ser la pareja de la obligación de entrega del prestatario. A una puesta a disposición corresponde una toma de posesión.

La entrega, que es un acto material, se acompaña de una recepción del trabajo efectuado, que tiene un mayor alcance jurídico.

La recepción es un elemento capital en el arrendamiento de obra, porque es la ocasión que tiene el beneficiario de la prestación para verificar si el trabajo se corresponde con el que se había convenido. Ciertamente, un control semejante se opera a menudo también en la compraventa, pero generalmente la conformidad plantea poca contestación: se verifica antes el estado de la cosa, la ausencia de defectos aparentes.

En materia de arrendamiento, las cosas suceden de manera muy diferente, porque la prestación ha sido hecha por encargo: es preciso asegurarse que se corresponde bien a éste. De modo que (hasta tal punto) que la transferencia de la propiedad como la de los riesgos queda subordinada a esta recepción.

Además del hecho de que permite la transferencia de la propiedad, la recepción produce la importante consecuencia de cubrir los defectos aparentes: en efecto, se considera que una recepción sin

²⁵ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1.289 ss.

reservas imposibilita al beneficiario de la prestación a quejarse a destiempo de los defectos que habría podido denunciar en el momento de la recepción (por ejemplo, Civ. 3.^a, 16 de diciembre de 1987, *Bull. Civ.* III, núm. 208; Civ. 3.^a, 9 de octubre de 1991, *Bull. Civ.* núm. 231). La solución es parecida en materia de construcción.

De esta manera, el régimen jurídico del arrendamiento se aproxima al de la compraventa donde el comprador sólo puede accionar en garantía en virtud de un vicio oculto de la cosa.

La recepción fija también el punto de partida de algunas garantías, como, por ejemplo, las garantías decenal o bienal en materia de construcción.

El interés que tiene la recepción invita a preguntarse sobre su forma, y sobre el eventual rechazo de proceder a ella por parte del beneficiario de la prestación.

En principio, la recepción se produce amistosamente y de manera contradictoria. Pero no se impone ninguna forma particular, incluso en materia de construcción.

Se admite que, además, puede ser tácita, resultando, por ejemplo, de la toma de posesión por el dueño de los lugares donde han sido realizados los trabajos o de la toma de la cosa que es objeto del contrato.

El beneficiario de la prestación puede rehusar pronunciar la recepción. Esto es fundado si la obra no es conforme a lo que se había previsto o presenta importantes defectos. En otro caso, puede ser pronunciada por el Juez. El beneficiario puede contentarse también con hacer reservas, lo que le autoriza, a condición de que sean fundadas, a retener una parte del precio.

B) *Derecho especial sobre la recepción de la obra inmobiliaria*

Bénabent²⁶ señala que cuando el contrato de empresa tiene por objeto la construcción de un edificio, obedece no sólo al derecho común expuesto, sino también a algunas normas particulares que han sido dictadas desde la época del Código civil a fin de proteger al dueño de la obra, que era frecuentemente un simple particular, contra los profesionales que son los arquitectos y contratistas. Se puede ver en este dominio el origen lejano del derecho del consumo actualmente tan en voga.

Estas normas protectoras tocan dos puntos: el régimen del contrato a tanto alzado (art. 1793 del Código civil) y la responsabilidad de los contratistas. Si el primero permanece en su estado ini-

²⁶ BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., p. 309.

cial, el segundo ha dado lugar a varias reformas, siendo la última la operada por la Ley de 4 de enero de 1978, llamada Ley Spinetta (arts. 1792 a 1792.6 y 2270 del Código civil).

Estas normas vienen a superponerse al derecho común y, en lo necesario, a derogarlo.

Bénabent²⁷ subraya que desde 1804, el Código civil ha sometido a un régimen derogatorio la responsabilidad de los arquitectos y contratistas respecto a los trabajos que se refieren a la construcción de edificios, por la combinación de dos textos torpemente disociados: de un lado, el artículo 1792; de otro, el artículo 2270.

Después de una primera reforma deficientemente hecha por una Ley de 3 de enero de 1967, que introduce una distinción entre las grandes obras (garantía de diez años) y las obras menores (garantía de dos años), la materia ha sido refundida por una importante Ley de 4 de enero de 1978, que establece los artículos 1792 a 1792.6 y modifica el artículo 2270. Esta compleja ley ha tenido por objetivo mejorar la protección del dueño de la obra precisando las responsabilidades de los constructores y estableciendo un sistema de seguros obligatorios, ya que las numerosas quiebras de las empresas constructoras hacen a menudo ineficaz su responsabilidad.

El análisis del régimen de las responsabilidades en la construcción, donde se enmarca la recepción de la obra, pertenece al derecho inmobiliario (*droit immobilier*).

La recepción es objeto de una reglamentación precisa en los contratos de construcción, y concretamente en el artículo 1792.6 del Código civil.

Según el artículo 1792.6 del Código civil, la recepción es el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas. Tiene lugar a solicitud de la parte más diligente, sea amistosamente, sea en su defecto judicialmente. Es, en todo caso, pronunciada contradictoriamente.

La garantía de perfecta terminación, a la que el contratista está obligado durante el plazo de un año, a contar de la recepción, se extiende a la reparación de todos los desórdenes señalados por el dueño de la obra, sea por medio de reservas mencionadas en el acta de recepción, sea por vía de notificación escrita para los revelados posteriormente a la recepción.

Además de la garantía anual de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal se cuentan a partir de la recepción de la obra, como establecen expresamente los artículos 1792.3 y 2270 del Código civil.

²⁷ BÉNABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, cit., pp. 314 ss.

Según Collart Dutilleul y Delebecque²⁸, dentro del marco del contrato de empresa se sitúan los contratos relativos a la construcción, y especialmente, a la construcción inmobiliaria.

Las normas relativas a la responsabilidad de los constructores son particulares. Contenidas en los artículos 1792 y 2270 del Código civil, han sido reformadas por primera vez por la Ley de 3 de enero de 1967, antes de ser cambiadas completamente por la Ley mucho más importante de 4 de enero de 1978. En adelante, la responsabilidad de los arquitectos y contratistas encuentran su sede en los artículos 1792 a 1792.6 y 2270 del Código civil, donde se disciplina la recepción de la obra inmobiliaria (art. 1792.6).

Sin detenerse en el análisis de la recepción de la obra inmobiliaria, de igual manera que Bénabent, como hemos visto, al ser materia propia del derecho de la construcción (otros autores hablan del derecho inmobiliario), se limitan a señalar, tal vez por ello, que la cuestión más discutida en torno al artículo 1792.6 del Código civil es saber si la recepción puede ser tácita; la jurisprudencia no la excluye (Civ. 3.^a, 12 de octubre de 1988, *Bull. Civ. III*, núm. 137)²⁹.

Périnet-Marquet³⁰ pone de relieve que el artículo 1792.6 del Código civil ha sido objeto de una interpretación ya importante. Un sistema jurisprudencial ha remodelado la idea que muchos se habían hecho de la recepción y de la garantía de perfecta terminación.

Estos dos elementos (la recepción y la garantía de perfecta terminación) han sido reunidos en la reforma legislativa, confiriendo seguridad para todos los que intervienen en el acto de construir. La definición de la recepción que da el párrafo primero tiende a evitar toda discusión sobre la fecha de producción de efectos de las garantías, mientras que la garantía de perfecta terminación se dirige a acelerar y a simplificar el arreglo de los litigios más inmediatos no cargando demasiado las cuentas del seguro-construcción.

El final de los trabajos es un momento especialmente importante de la operación de construcción. La recepción de la obra marca sobre todo el momento en que la obra va a ser entregada al que la ha encargado.

Esta operación capital, la recepción, ha sido objeto, bajo el imperio de la Ley de 1967, de un régimen relativamente complejo. El artículo 1792.6, párrafo 1.^º, trata de romper con estas soluciones

²⁸ COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., pp. 521-524.

²⁹ COLLART DUTILLEUL y DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 528.

³⁰ PÉRINET-MARQUET, «La réception des travaux: État des lieux. L'article 1792-6 du Code Civil dix ans après», en *Recueil Dalloz Sirey*, 1988, Chronique 287.

haciendo de la recepción un acto jurídico sometido a la única condición de su carácter contradictorio.

Según el artículo 1792.6, la recepción es el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas. Se produce a solicitud de la parte más diligente, sea amistosamente, sea en su defecto judicialmente. Es pronunciada, en todo caso, contradictoriamente.

Con este texto, los parlamentarios quisieron simplificar al máximo la noción de recepción, dando a esta última fecha cierta. Ellos habían manifestado su deseo de terminar con la posibilidad de la recepción tácita admitida hasta aquí por la jurisprudencia. Los trabajos preparatorios aportan una prueba convincente: en el momento de la discusión de la Asamblea Nacional, el Gobierno propuso volver a examinar su proyecto. En la enmienda núm. 91 se precisaba que con la toma de posesión no podía tener lugar la recepción. Sin embargo, cuando un plazo de dos meses ha transcurrido después de la puesta en mora del dueño en recibir la obra, la toma de posesión se reputa que vale como recepción (Ass. nat. 1.^a sesión de 19 de diciembre de 1977, *J.O. déb. Ass. nat.*, p. 8.982). Esta modificación trataba de tener en cuenta los hechos y poner freno a una posible mala fe del dueño de la obra. Pero, ante la hostilidad de la Asamblea, el Gobierno retiró su texto.

Las primeras decisiones de los jueces de fondo se pronunciaron mayoritariamente en el sentido de una interpretación estricta, excluyendo toda posibilidad de una recepción tácita. Esta actitud no fue, sin embargo, general. Poco a poco se desarrolló, con los estímulos de una doctrina convincente³¹, una corriente favorable a la validez de una simple toma de posesión como elemento constitutivo de la recepción.

Se abocó así a una división casi igual de la jurisprudencia, por lo que el Ministro de Equipamiento solicitó un informe del Comité para la aplicación de la Ley de 4 de enero de 1978 (COPAL). Este organismo, de conocida autoridad en el Derecho de la construcción, emitió su informe el 1 de abril de 1987, adoptando una postura flexible, pero favorable a la recepción tácita.

Reconoce que querer recobrar el espíritu de la Ley de 1978, imponiendo una recepción expresa, chocaría con numerosas imposibilidades prácticas.

Este informe ha jugado un papel importante en la decisión del Tribunal de Casación de admitir expresamente, en su sentencia

³¹ KARILA, «Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978», *Gaz. Pal.* 1986-2. Doctr. 469.

de 16 de julio de 1987 (*D.* 1987. I.R. 180; *D.* 1987. 577; *Rev. dr. inmob.* 1987. 454. obs. Malinvaud y Boubli), la validez de una recepción tácita que había admitido ya implícitamente.

El COPAL, en su informe de 1 de abril de 1987, subordina la recepción de la obra, con especial referencia a la tácita, a tres condiciones: la terminación de los trabajos, la voluntad del dueño de recibir estos últimos y el carácter contradictorio de la operación. Por su parte, la jurisprudencia sólo parece exigir la ausencia de reservas y la terminación de los trabajos.

Périnet-Marquet³² examina cada una de estas condiciones.

La terminación de los trabajos, requerida por el COPAL como por los tribunales, aparece efectivamente indispensable a la noción misma de recepción. La apreciación de la conformidad y de las cualidades de la construcción sólo puede hacerse bien evidentemente una vez que los trabajos son terminados. De aquí la importancia de determinar este preciso momento, que a menudo es difícil de conocer.

La voluntad del dueño de recibir los trabajos es una exigencia del COPAL, que debe dar lugar a una apreciación matizada.

Esta exigencia merece aprobación en la medida en que respeta plenamente el término «acto» que figura en el artículo 1792.6, párrafo 1.^o del Código civil. La diferencia entre el hecho y el acto jurídico es, en efecto, la voluntad del autor de este último de hacer producir efectos jurídicos.

Sin embargo, esta exigencia plantea la cuestión de la apreciación concreta de esta voluntad. La jurisprudencia, al admitir la recepción tácita, no puede permitirse ser demasiado tacaña a la hora de apreciar la voluntad del dueño de recibir los trabajos. La misma podría, a costa de dejar vacía de toda utilidad la noción de recepción tácita, exigir en la materia una prueba perfecta. En cambio, sólo deberá rechazar la existencia de una recepción tácita en el caso en que manifestamente falte toda voluntad del dueño.

El carácter contradictorio de la recepción es una exigencia del COPAL que parece delicado conciliar con su carácter implícito. Esta exigencia esencial de la Ley de 1978 se comprende en el marco de una recepción expresa o judicial, incluso si ella no excluye toda recepción implícita.

En esta última hipótesis, sin embargo, tal condición deber ser interpretada, como la precedente, muy liberalmente. Salvo prohibir toda recepción tácita, la jurisprudencia está obligada a considerar que la recepción ha revestido, *a priori*, un carácter contradictorio.

³² PÉRINET-MARQUET, «La réception des travaux: État des lieux. L'article 1792-6 du Code Civil dix ans après», cit., pp. 289 ss.

Deberá presumir que el constructor, al dejar al dueño de la obra tomar posesión de los lugares, ha consentido así la recepción.

La ausencia de reservas (cuando la recepción es tácita), condición jurisprudencial, plantea igualmente algunas dificultades.

De acuerdo con la Ley de 4 de enero de 1978, la recepción es única y el punto de partida de las garantías ofrecidas por los artículos 1792 y siguientes del Código civil no deriva de las reservas sino de la recepción, devenida única, ella misma.

Por ello, la existencia de reservas, hoy en día, no es un obstáculo para el reconocimiento de una recepción tácita. Sucedería lo contrario cuando la amplitud de las reservas fuese tal que hiciese dudar de la voluntad real del dueño de la obra de recibir. Así debe ser interpretado el mantenimiento de la exigencia de una ausencia de reservas.

Si las reservas no impiden la recepción tácita, ellas tienen una gran importancia en relación con las consecuencias de la recepción, como ha precisado la jurisprudencia.

El Tribunal de Casación ha establecido importantes precisiones en lo que concierne a las consecuencias tanto de la recepción pura y simple como a la que va acompañada de reservas.

La existencia de reservas en la recepción impone la utilización de la garantía de perfecta terminación del artículo 1792.6, párrafo 2.º del Código civil, para reparar los defectos constatados. El recurso a las garantías decenal y bienal de los artículos 1792 y 1792.3 es excluido, incluso si los daños reservados responden a sus criterios.

Las reservas especialmente importantes constituyen un obstáculo a la recepción.

La jurisprudencia ha establecido que la ausencia de reservas en la recepción cubre los vicios y los defectos de conformidad aparentes. Todo daño o toda diferencia en relación a las estipulaciones contractuales debe, si es aparente, ser denunciado con ayuda de reservas en el momento de la recepción, a falta de las cuales no puede ser objeto de ninguna reparación.

Esta solución es perfectamente lógica: recoge la posición anterior del Tribunal de Casación y respeta la filosofía de la garantía de perfecta terminación. Sólo deja en suspenso la dificultad de distinguir lo aparente de lo que no lo es. Desde este punto de vista, la noción de vicio aparente expuesta por la jurisprudencia bajo el imperio de la Ley de 1967 parece trasladable en el régimen de la Ley de 1978; será cubierto por la ausencia de reservas el daño cuyas causas, manifestaciones y consecuencias son aparentes: Una sentencia del Tribunal de París de 4 de marzo de 1988 (*D. 1988. I.R. 98*) viene a considerar que si la recepción cubre los defectos aparentes

de conformidad, no cubre sus consecuencias graves cuando estas últimas no podían ser determinadas en el momento de la recepción.

La ausencia de reservas en la recepción no excluye, en cambio, la denuncia posterior de los daños y defectos de conformidad no aparentes.

Según Malinvaud y Jestaz³³, ni el Código civil ni la Ley de 3 de enero de 1967 han definido la recepción de los trabajos; pero se entendía que es el acto por el que el dueño de la obra aprueba los trabajos y reconoce así que el contratista ha cumplido su obligación.

Esta definición es confirmada por la Ley de 4 de enero de 1978, que habla tanto de la recepción de la obra (art. 1792.3) como de la recepción de los trabajos (art. 2270), es decir, de recepción.

El artículo 1792.6, párrafo 1.º, define la recepción diciendo que es el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas.

El legislador califica la recepción de acto jurídico, y pone fin a la controversia que había podido instaurarse sobre su naturaleza jurídica. Se trata de un acto unilateral que emana del dueño de la obra, no de una convención. La fórmula según la cual ella es pronunciada contradictoriamente significa solamente que el contratista debe estar presente o haber sido debidamente llamado a las operaciones de recepción, no que su aceptación (las reservas, por ejemplo) sea requerida para que la recepción produzca sus efectos.

Con frecuencia la recepción de una obra importante se llevará a cabo en varios días. Pero jurídicamente y para satisfacer el deseo del legislador de 1978, convendría que un solo acto fuese realizado al finalizar las operaciones, cuya fecha marcaría el punto de partida de los diferentes plazos.

En todo caso, la recepción es única, lo que condena la antigua fórmula de la norma P. 03001 que preveía una recepción en dos tiempos, el uno provisional, el otro definitivo.

En principio, la recepción sólo tiene lugar después de la terminación de los trabajos; sin embargo, la jurisprudencia considera que no es una condición impuesta por la ley y puede tener lugar la recepción de los trabajos inacabados, principalmente cuando el contratista ha abandonado la obra antes de la terminación (Civ. 3.ª, 12 de julio de 1989, *Bull. Civ.* núm. 161; Guevel, «La réception des travaux inachavés», *Gaz. Pal.* 19 de diciembre de 1989).

A tenor del artículo 1792.6, párrafo 1, la recepción tiene lugar a solicitud de la parte más diligente, sea amistosamente, sea en su

³³ MALINVAUD y JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, París, 1991, pp. 66 ss.

defecto judicialmente. La misma es pronunciada, en todo caso, contradictoriamente.

La recepción amistosa no plantea ningún problema, puesto que por hipótesis las partes (del arrendamiento de obra) están de acuerdo para proceder a ella, aunque sea al precio de reservas por parte del dueño de la obra. Además, importa poco que estas reservas estén o no justificadas, puesto que, según la Ley nueva, las reservas no impiden que corran los plazos.

Un acta firmada por las dos partes constatará su acuerdo sobre este punto. El arquitecto, que asiste al dueño de la obra, no es parte en la recepción: su firma en la parte baja del acta atestigua simplemente que el arquitecto asume su responsabilidad por haber aconsejado la aprobación a su cliente o por el contrario le libera de responsabilidad en el caso en que ha aconsejado vanamente la desaprobación.

En cambio, la recepción judicial puede suscitar dificultades.

Corresponde a la parte más diligente, el contratista en este caso, emplazar a la otra parte, y el Juez, después de haber nombrado un perito a fin de comprobar la conformidad, ratificará el informe del experto con un fallo que vale como recepción forzosa. Pero, tomada al pie de la letra, la exigencia de que la recepción sea en todo caso pronunciada contradictoriamente podría permitir al dueño de la obra bloquear el sistema no compareciendo. Es preciso admitir que un fallo reputado contradictorio satisface las prescripciones de la ley.

Queda por saber si la fecha de la recepción será la del fallo o si el Tribunal podrá retener una fecha anterior: la del depósito del informe del experto, o la de las comprobaciones sobre el propio terreno del experto, o incluso la fecha en que el experto estima que la obra era ya conforme anteriormente a sus comprobaciones. Esta recepción con efecto retroactivo aparece justificada: presenta la ventaja de hacer fracasar la mala fe del dueño de la obra que ha resistido abusivamente con la esperanza de prolongar la duración de sus garantías. Aunque la recepción sea pronunciada contradictoriamente basta, en definitiva, con constatar un hecho: la terminación de un inmueble conforme, y la falta de esta terminación (salvo para la recepción de los trabajos inacabados).

Cabe la recepción tácita. Se sabe que, bajo el imperio de la ley antigua, el Tribunal de Casación había admitido que la toma de posesión sin reservas podía, teniendo en cuenta las circunstancias, equivaler a una recepción. En una primera época, se ha podido pensar que la exigencia de una recepción sea amistosa, sea judicial, iba a quebrar esta jurisprudencia; en este sentido se han pronunciado

un cierto número de jurisdicciones (Agen 9 de noviembre de 1983, *D.* 1985. 191, con nota de Karila; *Rev. dr. inmob.* 1984, 314 y 414; Trib. gr. inst. Aix 8 de enero de 1985, *D.* 1986. 289, con nota de Bergel, *Rev. dr. inmob.* 1986. 363, obs. Malinvaud y Boubli; Trib. gr. inst. Chaumont 20 de marzo de 1986, *Gaz. Pal.* 1987. 1. *Somm.* 13).

En lo sucesivo, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido contrario. De acuerdo con varios tribunales de apelación, el Tribunal de Casación decide que el artículo 1792.6 del Código civil deja subsistir la posibilidad de una recepción tácita que resulta de una toma de posesión, a condición de que ésta evidencie la voluntad inequívoca del dueño de aceptar la obra (Civ. 3.^a, 23 de abril de 1986, 2 arrêts, *J.C.P* 1987. II. 20818, obs. Tomasin; Civ. 1.^a, 20 de enero de 1987, *D.* 1987. I.R. 22; Civ. 3.^a, 17 de julio de 1987, *Rev. dr. inmob.* 1987. 454; Civ. 3.^a, 12 de octubre de 1988, *D.* 1988. J.R. 299, *J.C.P* 1989. IV .50; Civ. 3.^a, 1990. IV. 245) (Karila, *Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978, Gaz. Pal.* 1986. Doctr. 469).

En cuanto a los efectos de la recepción, la Ley de 1978 no dice nada sobre el efecto exoneratorio de la recepción, pero nada permite pensar que las soluciones jurisprudenciales anteriores se encuentren modificadas.

De igual manera que en el pasado, la recepción purgará los vicios y defectos de conformidad aparentes que no hayan sido objeto de reservas: se considera que el dueño de la obra los conoce, puesto que son aparentes, y se reputa que ha renunciado a invocarlos, ya que no ha formulado ninguna reserva. Dicho esto, este efecto exoneratorio se encuentra doblemente limitado por la jurisprudencia: de un lado, el recurso del dueño de la obra permanece abierto para los vicios que, aparentes en cuanto a su naturaleza, son ocultos en sus efectos nefastos; de otro lado, en el plano de la prueba, todo vicio en la práctica se presume oculto hasta la prueba en contrario por el arrendador de obra. El dueño de la obra, en su calidad de demandante, debería en principio probar que el vicio era oculto en el momento de la recepción de los trabajos y que se ha relevado después de este acontecimiento. Pero parecida exigencia plantearía tales dificultades que en la mayor parte de los casos el dueño de la obra no obtendría ninguna reparación, a menos que hubiese tomado la precaución de fotografiar cada centímetro cuadrado de la obra en el momento de la recepción. Es por lo que de hecho los jueces dispensan al dueño de la obra probar la clandestinidad del vicio. Algunos autores han podido escribir sin gran exageración que todo vicio se presume oculto hasta la prueba en contrario.

Prácticamente, corresponde al arrendador de obra liberarse de responsabilidad probando que el vicio era aparente y no ha sido objeto de reserva alguna en el momento de la recepción. Pero el juez no le facilita la tarea. En efecto, la jurisprudencia define el vicio aparente como aquel que puede ser descubierto por el dueño de la obra teniendo en cuenta su competencia; así, el carácter aparente u oculto del vicio debe apreciarse *in concreto*, por referencia a la competencia del dueño de la obra. Los jueces, aprobados por el Tribunal de Casación, se muestran severos en la admisión de la prueba contraria. Así, para poder sostener que debido a su carácter aparente un vicio de construcción ha sido purgado por la recepción de los trabajos, el constructor debe establecer la triple prueba de que el vicio era aparente a los ojos del dueño de la obra en su manifestación, en sus causas y en sus consecuencias dañosas. O incluso tendría que demostrar que el vicio, incluso no aparente, era de hecho conocido por el dueño de la obra.

Estas soluciones, muy protectoras para el dueño de la obra, van en el sentido de la evolución general. En la práctica, las mismas deberían incitar a los arrendadores de obra a hacer mencionar en el acta (de recepción) que el dueño de la obra ha constatado tal desorden menor, pero renuncia a demandar la reparación de la obra.

La cuestión se presenta en unos términos ligeramente diferentes bajo el imperio de la Ley de 1978, puesto que los desórdenes aparentes enunciados en el acta (de recepción) relevan de la garantía de perfecta terminación.

Evidentemente, el efecto exoneratorio no juega para los vicios ocultos que se revelan ulteriormente en el plazo legal de garantía; sería igualmente descartado si el consentimiento del dueño de la obra ha sido sorprendido por dolo.

En fin, la nueva Ley establece expresamente que la recepción de los trabajos constituye el punto de partida de los diversos plazos de garantía:

- Plazo de un año para la garantía de perfecta terminación (art. 1792.6, párrafo 2).
- Plazo mínimo de dos años para la garantía de buen funcionamiento de los «otros elementos de equipamiento del edificio» mencionados en el artículo 1792.3.
- Plazo de diez años para la garantía de las obras y de los elementos de equipamiento que forman indisolublemente cuerpo con ellos (art. 2270).

Así el dueño de la obra, por la recepción de los trabajos, reconoce la conformidad y la corrección aparentes de la obra, pero llegado

el caso bajo ciertas reservas. La obligación de recibir los trabajos no es la de aprobarlos sin condición, sino la de hacer saber en qué medida la obra merece aprobación.

La entrega y la recepción producen efectos distintos. La primera sólo entraña la transferencia de la guarda. La segunda descarga al contratista y hace correr el plazo de garantía de los vicios ocultos. Pero nada prohíbe proceder simultáneamente a estos dos actos, ni constatarlos en el mismo documento. De hecho, es corriente que el acta de recepción constate la entrega.

La entrega no implica la recepción de los trabajos.

Huet³⁴ pone de relieve también que existen normas propias para algunos arrendamientos de obra o contratos de empresa.

El arrendamiento de obra, o contrato de empresa, presenta una infinita variedad de facetas y el número de aplicaciones particulares que él conoce da lugar a normas específicas.

Es imposible entrar en el detalle de todas las reglamentaciones específicas existentes. Pero algunas aplicaciones del arrendamiento de obra, entre las más importantes, deben retener la atención. Sobre todo las contempladas por el Código civil en el artículo 1799, donde se cita como ejemplo de arrendamiento de obra las actividades de los arquitectos, contratistas y técnicos, los denominados hoy en día contratos de construcción.

La construcción es uno de los arrendamientos de obra a los que el Código Civil ha dedicado, desde el origen, disposiciones particulares, los artículos 1792 y 1793. Su especificidad es cierta y se encuentra reforzada en la época contemporánea por el hecho de que el legislador ha intervenido en varias ocasiones, para establecer el régimen de determinados contratos específicos que responden a concretas necesidades.

El aspecto más destacado de la originalidad de los contratos de construcción es el de la responsabilidad en que incurren los intervenientes, y que ha sido reforzada en 1967, y luego en 1978. La misma figura en los artículos 1792 a 1792.6 del Código civil, donde aparece una regulación específica de la recepción de la obra (concretamente, en el art. 1792.6 Código civil).

El régimen establecido en los artículos 1792 y siguientes del Código civil, que se aplica exclusivamente a las obras de construcción, es complejo.

La fase inicial del régimen de responsabilidad de los constructores es la relativa a la recepción y la garantía de perfecta terminación.

³⁴ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1.315 ss.

Una vez que la obra está terminada, se abre una primera fase –que puede ser única, si todo va bien– de aceptación de la obra y de verificación de los trabajos: comienza con la recepción.

Como observa Huet³⁵, la recepción de los trabajos, tal como la define el artículo 1792.6, párrafo 1.º, del Código civil, es un momento capital en la ejecución del contrato: constituye el punto de partida de todas las garantías.

Con un espíritu de simplificación, la nueva Ley (de 4 de enero de 1978) abandona la distinción anterior, hecha en la práctica, entre dos recepciones llamadas «provisional» y «definitiva»³⁶.

En lo sucesivo, gracias al hecho de que la recepción es seguida de un período de consolidación de la terminación, bajo la forma de una garantía nueva que se extiende durante un año, la recepción es considerada como realizada en un momento único por la aceptación «con o sin reservas» de la obra entregada. Aunque debe ser pronunciada contradictoriamente, la misma es una manifestación unilateral de asentimiento del dueño, que está obligado a proceder a ella cuando los trabajos están terminados. Pero, sobre todo, se trata de constatar un hecho: la terminación del inmueble, conforme a las previsiones contractuales, y la fecha de esta terminación.

La operación pone en contacto al dueño y al contratista o los contratistas: el dueño puede ser asistido por el arquitecto, estando este último obligado a señalarle las imperfecciones o vicios de los que tiene conocimiento, bajo pena de desencadenar su responsabilidad. Pueden ser hechas reservas: la recepción no implica la aprobación entera de los trabajos. Estas reservas deberán ser satisfechas ulteriormente y, a menudo, una retención como garantía en el pago del precio sirve de medio de presión para obtenerlo. En todo caso, un acta es levantada, constatando la aceptación de la obra y las eventuales reservas. Sin embargo, el dueño puede rechazar también recibir la construcción, si estima que no es totalmente satisfactoria. El contratista tiene derecho, a su vez, a obtener en justicia que su cocontratante la lleve a cabo: el juez pronunciará, si está justificada, la recepción forzosa, y fijará la fecha en la que se ha considerado producida.

Se considera, además, que la recepción es susceptible de operarse sin ningún formalismo y resultar de los hechos: aparece entonces

³⁵ HUET, «Les principaux contrats spéciaux», cit., pp. 1.347 ss.

³⁶ HUET («Les principaux contrats spéciaux», cit., p. 1.320) señala que los contratos celebrados con los contratistas se refieren generalmente al pliego de cláusulas elaborado por el AFNOR, la Asociación francesa de normalización, documento conocido con el nombre de norma AFNOR P 03-001, que ha sido homologado por una Orden Ministerial (Orden de 5 de marzo de 1989). Se debe a este texto haber incitado a suprimir la distinción de las recepciones provisional y definitiva, y haber promovido la idea de la garantía de perfecta terminación recogida por la Ley de 1978, que reforma la responsabilidad de los constructores.

como una recepción tácita, pues el pago del precio da lugar a la recepción tácita (Paris, 8 de abril de 1986, *D*. 1986. J.R. 205); la recepción tácita tiene lugar por la toma de posesión sin reservas: el artículo 1792.6 deja subsistir la posibilidad de una recepción tácita (Civ. 3.^a, 16 de julio de 1987, *D*. 1987. 577), ya que la toma de posesión vale como recepción tácita (Civ. 3.^a, 3 de mayo de 1990, *D*. 1990. J.R. 125).

En principio, la recepción purga los vicios aparentes (Civ. 3.^a, 20 de enero de 1982, *Bull. Civ.* III, núm. 20). Los defectos que no han sido objeto de reservas en el acta levantada por las partes no pueden ser puestos a cargo ulteriormente del contratista. Se considera que el dueño de la obra los ha aceptado.

No obstante, la idea es irreal, pues se ve mal que se deduzca de la ausencia de reservas por el dueño de la obra la conclusión de que ha consentido recibir un trabajo imperfecto: la verdad es que no ha apercibido en el momento de la recepción lo que habría debido ver, y que era aparente. Antes que una aceptación, pues, es una negligencia lo que se sanciona. Y como se revela bastante severo hacerlo, se corrige la norma con múltiples derogaciones o atemperaciones.

A título de derogaciones, figura la solución admitida en la venta de inmuebles por construir y en el contrato de construcción de casa individual, para los cuales el legislador ha previsto una garantía especial contra los vicios aparentes que es debida por el constructor (art. 1642.1 CC para la venta de inmueble por construir, y L. 231-1 c del Código de la construcción y vivienda para la construcción de casa individual). En cuanto a las atemperaciones, proceden de la jurisprudencia y se concretan en que los tribunales consideran fácilmente (de buen grado) los vicios de construcción como ocultos, a fin de evitar que el dueño de la obra esté imposibilitado para obtener la reparación (Civ. 3.^a, 14 de mayo de 1985, *D*. 1985. 439, con nota de Remery).

Además, es preciso subrayar que hacer reservas determina una consecuencia particular: éstas mantienen el vicio denunciado en el único marco de la garantía de perfecta terminación, y prohíben demandar ulteriormente reparación previéndose de la garantía decimal. Los defectos así mencionados en el momento de la recepción tienen un estatuto propio, que parece derivar de su carácter aparente.

Liet-Veaux³⁷ expone los aspectos más destacados de la recepción de las obras inmobiliarias.

La recepción debe producirse cuando la obra está prácticamente acabada. Acogiendo una expresión de la jurisprudencia del Consejo

³⁷ LIET-VEAUX, «Construction. Responsabilité décennale. Délai. Réparation», en *Juris-Classeur Civil, art. 1788 à 1794. Fasc. 203-3*, París, 1998, ap. 9 y ss.

de Estado, el Tribunal de Casación estima que la operación sólo puede producirse si la obra se encuentra «en estado de ser recibida» (Cas. 3.^a civ., 30 de junio de 1993, *Gaz. Pal.* 1994, 2, somm. 396, nota de M. Peisse; 22 de mayo de 1997, *D.* 1997, inf. rap. 150).

La recepción es normalmente expresa. Sin embargo, a la recepción expresa una práctica ancestral opone la recepción tácita. Aunque la recepción se considera contradictoria, la recepción puede ser tácita.

Cabe la formulación de reservas en la recepción.

La recepción sin reservas equivale a la aceptación de los vicios que ha podido apreciar el comitente.

Para Liet-Veaux³⁸, la recepción es una constatación contradictoria de la buena ejecución de los trabajos, desde el momento que en ella intervienen el dueño de la obra y el contratista.

El arquitecto asiste a su cliente. Esta obligación se explica por la firma del arquitecto del acta de recepción. El deber de consejo del arquitecto se extiende a todas las formas de recepción.

El arquitecto, obligado a asistir y aconsejar al dueño de la obra en el momento de la recepción, debe informarle de las consecuencias de una ausencia de reservas en cuanto a los defectos aparentes.

El principio de la responsabilidad del arquitecto que no ha señalado los defectos aparentes ni exigido su reparación en el momento de las operaciones de recepción, es afirmado por el Tribunal de Casación en diversas sentencias.

Boubli³⁹ subraya que la recepción de la obra ha sido objeto por vez primera de una definición legal por la Ley de 4 de enero de 1978. El artículo 1792.6, párrafo 1.^o, del Código civil, afirma que es el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reserva. Según la opinión generalmente admitida, esta definición que designa a la recepción como un «acto», pone fin a la controversia sobre la naturaleza jurídica de la recepción, que debe ser considerada como un acto jurídico unilateral. Sin embargo, se plantea si la recepción es un hecho jurídico, y debe ser mirada como el reverso de la entrega⁴⁰.

³⁸ LIET-VEAUX, «Construction. Responsabilité contractuelle de droit commun des architectes», en *Juris-Classeur Civil, art. 1788 à 1794, fasc. 202*, París, 2000, ap. 93 y 94.

³⁹ BOUBLI, «Contrat d'entreprise», en *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de Droit civil*, IV, bajo la dirección de Raynaud y Aubert, París, 1994, 2.^a ed., pp. 48 y ss.

⁴⁰ BOUBLI (*La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, París, 1991, p. 133) estima que las nociones de entrega y de recepción coinciden, no siendo la segunda más que un aspecto de la primera.

La entrega y la recepción se confunden: la recepción no es una noción específica, ya que la misma constata un hecho, cual es la terminación que permite a la entrega ser efectiva y liberatoria.

En cuanto al momento de la recepción, la recepción de los trabajos tiene lugar normalmente al producirse la terminación de los trabajos. Marcando la ejecución de las obligaciones contractuales del contratista, debe ser pronunciada una vez terminada la construcción⁴¹.

Se cuestiona el abandono de la distinción entre la recepción definitiva y la recepción provisional.

La práctica ha establecido una distinción entre la recepción denominada provisional y la recepción definitiva.

Teóricamente la Ley de 4 de enero de 1978 (Código civil, art. 1792.6) pone fin a esta situación. El principio de la recepción única resulta del artículo 1792.6 del Código civil. El texto sólo contempla «la» recepción y los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda sobre el principio. Ya los artículos 8 y 9 del Decreto núm. 67-1166 de 22 de diciembre de 1967 (*D.* 1968. 35), consagraban la unidad de recepción en materia de edificios para vivienda o de características similares, y los principales documentos habían abandonado la distinción entre la recepción provisional y la recepción definitiva (nuevo C.C.A.G; norma AFNOR de 1972). El nuevo artículo 1792.6 marca aparentemente el final de esta evolución. No se trata más que de una ilusión. En efecto, la ley establece una garantía de perfecta terminación cuyo término se parece mucho a lo que antaño era constatado por la recepción definitiva⁴².

La terminación ha sido considerada siempre como una condición de la recepción, puesto que el dueño de la obra ha de constatar la ejecución de sus obligaciones por el contratista y aceptar los trabajos.

Caben las recepciones parciales. Esta posibilidad no parece condenada por el nuevo artículo 1792.6, que contempla la recepción de «la obra»; esta designación no concierne necesariamente al conjunto de los trabajos. No parece que sea rechazada por la jurisprudencia.

⁴¹ BOUBLI (*La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 142) señala que la recepción que constata la ejecución de sus obligaciones por el contratista implica la terminación de la obra. El principio no es discutible cualquiera que sea la naturaleza que se asigne a la recepción: que la misma se identifique con la entrega o que tenga autonomía, marca el fin de la obligación de hacer y supone la terminación del inmueble. La doctrina es unánime en este punto. La jurisprudencia hace de la terminación una condición de la recepción. Cuando tiene lugar la recepción se reconoce un hecho material, como es la terminación de la obra encargada.

⁴² BOUBLI (*La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 148) pone de relieve que algún autor considera que se ha institucionalizado la doble recepción con la Ley de 4 de enero de 1978 (art. 1792-6 del Código civil). La existencia de una garantía de perfecta terminación, que tiene como punto la recepción y acaba un año después, permite entender que no es necesario que la terminación sea perfecta para que la recepción sea pronunciada y que en realidad otra acta contradictoria tiene lugar un año después para certificar la perfecta terminación.

La fecha de la recepción que ha de considerarse es la de la constatación del estado de terminación relativo que permite la recepción.

En cuanto a las formas de la recepción, cabe la recepción amistosa y la recepción judicial.

La recepción más frecuente es la amistosa. El artículo 1792, párrafo 1.º, la contempla. La recepción amistosa es una recepción voluntaria en la que deben participar las dos partes. El artículo 1792.6 precisa que es pronunciada en todo caso contradictoriamente. La recepción amistosa tiene lugar a solicitud de la parte más diligente y da lugar a la redacción de un acta en la que son consignadas eventualmente las reservas emitidas por el dueño de la obra. La formalidad por escrito no es exigida por la ley, pero puede imponerse en la práctica por razones de prueba. Tratándose por hipótesis de un acto jurídico, la recepción está sometida al derecho común de la prueba por escrito por encima de 5.000 F.

Boubli⁴³ considera que es artificial la distinción entre la entrega y la recepción.

A la distinción artificial entre entrega y recepción se debe el oscuro contencioso de la recepción tácita.

Bajo el imperio de las disposiciones de la Ley de 4 de enero de 1978, la cuestión se ha concretado en saber si cabe todavía la recepción tácita (cfr. Karila, «*Plaidoyer pour la réception tacite sous l'empire de la loi du 4 janvier 1978*», *Gaz. Pal.* 1986. 2. Doct. 469). Las normas de prueba de los actos jurídicos habrían debido condenar el principio, a falta de confesión del dueño de la obra. Pero un informe de la COPAL (Comisión para la aplicación de la Ley de 1978) de 1 de abril de 1987 (Mon. TP 23 de octubre de 1987, suplemento), y la influencia de una parte de la doctrina, han determinado que el Tribunal de Casación se haya pronunciado en favor de la recepción tácita, insistiendo sobre su carácter contradictorio (Civ. 3.ª, 16 de julio de 1987, *Bull. Civ.*, núm. 143, *Rev. dr. inmob.* 1987. 454; 12 de octubre de 1988, *Bull. Civ. III*, núm. 137; 7 de diciembre de 1988, *Rev. dr. inmob.* 1989. 213; Consejo de Estado, 11 de febrero de 1991, *Rev. dr. inmob.* 1991. 210; Civ. 3.ª, 18 de noviembre de 1992, *Rev. dr. inmob.* 1993. 80)⁴⁴.

En defecto de recepción amistosa, la recepción se produce judicialmente (art. 1792.6 del Código civil). La recepción judicial es una recepción forzosa que tiene lugar a instancia de la parte más

⁴³ BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», cit., p. 51.

⁴⁴ Cfr BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., pp. 148-149; BOUBLI, «*Contrat d'entreprise*», cit., p. 51.

diligente, cuando la otra es recalcitrante. El Juez se limita a constatar el estado de terminación que permite pronunciar la recepción y a tener en cuenta un hecho según la descripción que le suministra generalmente el experto.

La misión normal del arquitecto es la de asistir al dueño de la obra en el momento de la recepción: debe principalmente llamar la atención de su cliente sobre ciertos desórdenes e incitarle, llegado el caso, a que rehuse la recepción o a formular reservas. El Tribunal de Casación estima que el arquitecto comete una culpa si no cumple correctamente esta misión de consejo: su responsabilidad es entonces comprometida según el derecho común (desórdenes que proceden de vicios aparentes no señalados). Su responsabilidad surge incluso si el dueño de la obra puede descubrir el desorden⁴⁵.

En cuanto a los efectos de la recepción, Boubli⁴⁶ señala que la recepción de la obra es el punto de partida de las garantías legales (decenal, bienal y de perfecta terminación). Con la Ley de 4 de enero de 1978, todas las garantías se cuentan en principio a partir de la recepción que es única en el nuevo texto (arts. 1792.6 y 2270 del Código civil)⁴⁷ y concierne a todos los constructores. Pero la incertidumbre permanece, sin embargo, para los desórdenes que han dado lugar a reservas. Cabe que la reparación pueda tener lugar varios meses después de la constatación de los daños: hacer correr el plazo a contar de la recepción en este caso, es amputar la garantía de la duración de las reparaciones y, prácticamente, reducirla a poca cosa cuando el desorden se conecta a la garantía bienal. Es verosímil que, para estas reparaciones, haya lugar, como para las otras, a un nuevo contrato (¿una recepción?) que haga correr nuevos plazos.

La recepción purga la obra de sus vicios aparentes, a menos que el dueño de la obra formule reservas.

En la medida en que las garantías legales son de orden público, parece que las partes no podrán hacer remontar las garantías a una fecha anterior a la recepción, es decir, de hecho, a la terminación.

Después de la recepción de la obra o de la puesta en mora, los riesgos de la cosa pasan al dueño de la obra.

⁴⁵ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150; BOUBLI, «Contrat d'entreprise», cit., p. 52, con amplia información jurisprudencial.

⁴⁶ BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150; BOUBLI, «Contrat d'entreprise», cit., pp. 52-53.

⁴⁷ El abandono de la doble recepción por la Ley de 1978 evita que sea preciso interrogarse sobre la fecha de la recepción útil (BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs*, cit., p. 150).

Chapron⁴⁸ destaca que la recepción es una etapa esencial en la operación de construcción.

Incluso si se puede discutir su especificidad con respecto a la entrega, resulta de los textos y de la jurisprudencia que la recepción constituye la verdadera cesura en la responsabilidad de los constructores: antes de la recepción, se aplica el derecho común del contrato de empresa, con las obligaciones de medios (arquitecto, técnico) o de resultado (contratista); después de la recepción, toma el relevo la garantía legal.

En todo caso, la recepción conserva su efecto liberatorio para los arrendadores de obra, estando el dueño de la obra privado de toda acción por los vicios o defectos de conformidad aparentes que no han sido objeto de reservas.

El régimen del Código civil y el que resultaba de la Ley de 3 de enero de 1967, no establecían una definición legal de la recepción. La misma consistía en una aprobación, por el dueño de la obra, del trabajo ejecutado.

La Ley de 4 de enero de 1978, lejos de suprimir este dato esencial, lo ha reforzado y precisado.

La recepción es, hoy en día, legalmente definida como el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas.

Esta definición y su carácter legal tienen una gran importancia, especialmente en relación con el control que ejerce el Tribunal de Casación.

En relación con los elementos de la recepción, el legislador ha puesto en primer plano la aceptación de la obra por el dueño. A continuación destaca que la recepción debe ser pronunciada siempre contradictoriamente.

La terminología legal, que hace de la recepción «el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra», no habría planteado sin duda serias dificultades, si la jurisprudencia, con un espíritu realista, no hubiese admitido la posibilidad de una recepción tácita. Esta solución ha sido admitida por el Tribunal de Casación desde 1986 (Civ. 3.^a, 23 de abril de 1986, B. núm. 46 y 47; J.C.P. 1987. II. 20812; Tomasin, *Rev. dr. inmob.* 1987. 59, obs. Malinvaud y Boublí), y ha de ser considerada como una jurisprudencia constante.

La existencia de un acta de recepción parece asegurar un equilibrio entre el dueño de la obra y los constructores, puesto que todos

⁴⁸ CHAPRON, «Observations sur la réception des travaux», en *Rev. dr. Inmob.*, 1995, pp. 7 ss.

participan conjuntamente en la recepción y firman el documento elaborado conjuntamente.

El escrito permite igualmente solucionar el problema de la prueba de la existencia de la recepción y el de su fecha.

Las dificultades han comenzado verdaderamente cuando, a pesar de la hostilidad del legislador, pero con el apoyo de una parte de la doctrina, ha sido contemplada la posibilidad de una recepción tácita.

Se habría podido pensar que tal posibilidad era excluida por el propio texto del artículo 1792.6, que hace referencia a un «acto», entendido como un acto jurídico.

Pero no se puede olvidar que en el Derecho francés de obligaciones, el consensualismo es el principio y que en teoría se ha mantenido incluso en materia de acto jurídico unilateral.

Desde el momento en que el acento se había puesto en la voluntad, era un poco más fácil admitir que la recepción pudiese ser efectuada tácitamente.

La consagración de esta opinión se produce por una sentencia de 16 de julio de 1987 (Civ. 3.^a, B. núm. 143; *D. 1987.577; Rev. dr. inmob. 1987. 454*, obs. Malinvaud y Boubli), que ha establecido como principio que el artículo 1792.6 del Código civil no excluye la posibilidad de una recepción tácita.

La consecuencia primera del carácter eventualmente tácito de la recepción ha sido la de sólo ver en el acta de recepción una modalidad entre otras de constatación material del estado de la obra, luego hacerla un simple medio de prueba, un *instrumentum*, el propio acto, el *negotium*, que resulta solamente de la expresión de la voluntad del dueño de la obra.

Una aplicación de esta evolución ha sido hecha en 1991 cuando se ha decidido que la recepción no está sujeta a ninguna formalidad y en particular que el artículo 1328 del Código civil, relativo a la fecha cierta de los actos en documento privado, no era aplicable (Civ. 3.^a, 12 de junio de 1991, B. núm. 166).

El Tribunal de Casación (Civ. 3.^a, 4 de octubre de 1989, B. núm. 176; *D. 89. J.R 256; Rev. dr. inmob. 1990. 213*, obs. Malinvaud y Boubli; R.G.A.T. 1989, P. 860, obs. Bigot; *Gaz. Pal. 1990. I. somm. 214*; obs. Peisse; Civ. 3.^a, 3 de mayo de 1990, B. núm. 104; *Rev. dr. inmob. 1990. 372*, obs. Malinvaud y Boubli) ha decidido que la toma de posesión de los lugares puede producirse, no sólo porque se entiende que el dueño de la obra manifiesta la libre voluntad de aceptar los trabajos ejecutados, sino también porque es compelido por motivos económicos. La toma de posesión es, pues, ella misma, equívoca.

La misma aparece, sin embargo, necesaria. Incluso si no es combinada con otros elementos de hecho, puede constituir una recepción tácita.

Corresponde a los jueces de fondo, y sólo a ellos, buscar si el dueño de la obra ha tenido o no la voluntad de recibir los trabajos y señalar elementos de hecho susceptibles de permitir al Tribunal de Casación el ejercer un control sobre el carácter no equívoco de esta voluntad.

Al lado de las decisiones centradas en la voluntad del dueño de la obra, hay otras que muestran que ésta no puede ser todo poderosa.

Las decisiones relativas a la recepción judicial han de situarse naturalmente en esta tendencia.

La recepción judicial debe ser cuidadosamente distinguida de la recepción tácita.

Es forzoso constatar que la recepción pronunciada judicialmente ha devenido una verdadera «recepción judicial».

La autonomía de esta recepción resulta de que en la práctica, muy a menudo, la voluntad del dueño de la obra de recibir los trabajos falta, dirigiéndose entonces los arrendadores de obra al juez para que pronuncie la recepción.

De las sentencias publicadas relativas a esta forma de recepción, la de 30 de octubre de 1991 (B. núm. 260) muestra claramente que una recepción puede ser impuesta al dueño de la obra, desde el momento en que el rechazo puede ser considerado, teniendo en cuenta las circunstancias, como injustificado.

Esta solución evidencia la paradoja a la que conduce el artículo 1792.6 del Código civil, puesto que se pasa de una voluntad libre a una «aceptación forzosa» de los trabajos.

La misma tiene, sin embargo, la ventaja de mostrar los límites de la voluntad unilateral.

Hay una especie de retorno al equilibrio o a un cierto bilateralismo, que hace que con el concurso del juez se asista a un cambio de situación en beneficio del constructor.

Si la voluntad del dueño de la obra es, en principio, preponderante, no ha de ser sólo ésta tomada en cuenta. Hay que seguir una orientación dada por el legislador, que exige que la recepción sea pronunciada contradictoriamente.

Si la exigencia legal de una recepción pronunciada contradictoriamente es fácil de respetar cuando es redactado un escrito, las cosas acontecen muy diferentemente en materia de recepción tácita.

Por hipótesis, admitir que la recepción puede ser tácita parece incluso inconciable con el carácter contradictorio exigido por la ley.

No obstante, la jurisprudencia se ha esforzado en conciliar los dos aspectos, o, al menos, salvaguardar, en todos los casos de recepción tácita, un aspecto de contradicción.

Se plantea entonces el problema de saber como, en la práctica, puede ser satisfecha esta exigencia de contradicción.

Varios elementos pueden ser tenidos en cuenta por los jueces de fondo.

Así, una visita contradictoria a los lugares sin que un acta de recepción haya sido establecida es suficiente. Ciertamente, la prueba será a menudo difícil de suministrar, pero podrá hacerse por todos los medios. Mas frecuentemente, bastará poner de relieve que el contratista ha dejado los lugares, que se ha llevado su material y, sobre todo, que ha enviado su factura definitiva o la última situación de trabajos.

Sin duda, el legislador y el juez han creído encontrar en el carácter necesariamente contradictorio un correctivo importante o un límite que hace el sistema aceptable, pero, en definitiva, éste se revela muy complejo.

En efecto, es unánimemente admitido que la exigencia de contradicción puesta de relieve por el legislador no impone al dueño de la obra obtener el acuerdo del o de los arrendadores de obra para que tenga lugar la recepción. La contradicción necesaria no transforma el acto unilateral en acta sinalagmático o en contrato unilateral.

Parece que se trata de un mecanismo original, híbrido, que combina algunos aspectos del acto jurídico unilateral con elementos bilaterales, sin que éstos puedan ser calificados de contractuales, incluso si la voluntad del arrendador de obra no es totalmente indiferente, puesto que deberá ser suficientemente exteriorizada para que se pueda encontrar en ella el elemento de contradicción indispensable.

Si el propio texto del artículo 1792.6 del Código civil destaca bien los caracteres voluntario y contradictorio de la recepción, es, en cambio, mudo en cuanto al estado de terminación de la obra eventualmente necesario para que ésta pueda intervenir.

En los regímenes anteriores a 1978, se sostenía a menudo que la terminación del edificio era una condición necesaria de la recepción, apoyándose esta opinión en decisiones que, para admitir la recepción, consideraban necesaria la terminación de los trabajos.

En el régimen actual, varios autores sostienen todavía que la terminación es o debería ser una condición de la recepción.

Esta opinión no es convincente, puesto que, en una sentencia de 12 de julio de 1989 (B. núm. 161; *Rev. dr. inmob.* 1990. 83, obs. Malinvaud y Jestaz y Boubli, obs. Dubois; *D.* 1989. J.R. 238; *Gaz.*

Pal. 1990. I. somm. 213, obs. Peisse), el Tribunal de Casación ha resuelto que es añadir a la ley una condición que no impone la de exigir la terminación de la obra para que pueda tener lugar la recepción.

Esta jurisprudencia, ulteriormente confirmada, se explica por diversas razones.

La primera razón es el texto: el artículo 1792.6 del Código civil, además de su definición de la recepción, prevé una garantía de perfecta terminación, lo que muestra bien que la recepción sólo marca una terminación relativa.

La segunda razón resulta de que el legislador habiendo puesto el acento en la voluntad, no es nada fácil prohibir, por principio, al dueño de la obra que la reciba antes de su terminación.

La tercera razón, considerada frecuentemente como determinante, es o sería hacer jugar más pronto el seguro obligatorio de responsabilidad.

La misma indiferencia de principio existe en cuanto a la existencia o la ausencia de reservas.

La decisión, además, puede apoyarse directamente en el texto del artículo 1792.6 del Código civil, que prevé expresamente una aceptación de la obra con o sin reservas.

La importancia de las reservas no puede, por principio y sin otro motivo, constituir el criterio de ausencia de recepción.

Paralelamente, la ausencia de reservas, a pesar de lo que se ha escrito alguna vez, no puede ser una condición de la recepción; a lo sumo puede, como en la sentencia de 16 de julio de 1987 (B. núm. 143), constituir un elemento de apreciación entre otros para juzgar la existencia o la ausencia de una recepción tácita.

De la jurisprudencia es preciso retener ante todo que la recepción supone que la obra se encuentra en estado de ser recibida.

Las decisiones pronunciadas en materia de existencia o de condiciones de la recepción muestran que el juez ha debido, o ha creído deber, elaborar un sistema en gran medida pretoriano. Este sistema, con múltiples facetas, parecerá a muchos demasiado complejo, con sus exigencias y controles variados, mientras que el objetivo del legislador era, en cambio, establecer una noción única de recepción.

Pero si no hay que olvidar que la recepción tácita debe ser la excepción y que muchas de las soluciones jurisprudenciales se explican por esta razón, no debería ser demasiado difícil llegar a reducir un contencioso que actualmente es bastante importante.

La recepción de la obra es definida como el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas. Tiene lugar a demanda de la parte más diligente sea amistosamente, sea,

en su defecto, judicialmente. En todo caso, es pronunciada contradictoriamente (art. 1792.6).

Auby y Périnet-Marquet⁴⁹ señalan que al adoptar una semejante concepción de la recepción, el legislador quería, en 1978, romper con el sistema precedentemente utilizado. No es seguro que lo haya conseguido totalmente.

La redacción del nuevo artículo 1792.6 habría debido modificar profundamente las soluciones acogidas hasta entonces: siendo calificada la recepción como acto, no podía en lo sucesivo ser tácita; resultado de una aceptación con o sin reservas, debía abocar a una unidad de la noción.

Sobre este último punto, la voluntad del legislador parece que ha sido respetada. Resulta, en efecto, de una sentencia de la tercera Cámara civil del Tribunal de Casación de 23 de abril de 1986 (*Bull. Civ. III*, núm. 46; R.G.A.T., 1986, 390, nota de Bigot; J.C.P., 1987, II, 20812, nota Tomasin) que una recepción con o sin reservas constituye el punto de partida único de las tres garantías. Las garantías decenales y bienales no comienzan a correr a partir de la puesta de las reservas, es decir, de la ejecución de los trabajos consecutivos a la puesta en funcionamiento de la garantía de perfecta terminación, sino desde la recepción.

La jurisprudencia no respeta siempre el espíritu de la Ley de 1978 en la determinación de las modalidades y consecuencias de la recepción.

Los tribunales han llevado a cabo una labor creadora en la interpretación del artículo 1792.6 en lo que concierne a la forma, las condiciones y la fecha de la recepción.

El texto del artículo 1792.6 sólo contempla dos formas de recepción: expresa o judicial.

Al calificar la recepción como acto jurídico, parece excluir toda posibilidad de recepción tácita. Esta impresión era confirmada por los trabajos preparatorios de la Ley, puesto que una enmienda estableciendo una forma de recepción tácita había sido expresamente rechazada. Los primeros jueces exigieron el carácter expreso de la recepción.

Sin embargo, se desarrolló poco a poco una corriente favorable a la validez de una simple toma de posesión como elemento constitutivo de la recepción.

Se abocó por ello a una división casi igual en la jurisprudencia, que solicitó, en virtud de una demanda del Ministro de Equipamien-

⁴⁹ AUBY y PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, París, 1998, pp. 660 ss.

to, un informe al Comité para la aplicación de la Ley de 4 de enero de 1978 (COPAL). Este organismo, teniendo en cuenta la realidad sociológica del mundo de la construcción y el desconocimiento muy frecuente de las normas de la Ley de 1978, adoptó una posición flexible, aunque favorable a la recepción tácita (informe de 1 de abril de 1987, publicado en *Mon. TP*, 23 de octubre de 1987, suplemento. núm. 87-43 bis).

Este informe influyó sin duda en el Tribunal de Casación que había ya implícitamente aprobado la validez de la recepción tácita. El Consejo de Estado parece, en los contratos públicos, adoptar la misma concepción.

La recepción puede en adelante, como bajo el imperio de la Ley de 1967, resultar de la sola entrada en los lugares o del pago del precio desde el momento en que algunas condiciones son cumplidas. El contrato de construcción de una casa individual constituye una excepción desde la Ley de 19 de diciembre de 1990. El nuevo artículo L. 231-6 IV obliga, en efecto, a una recepción escrita.

Esta excepción puesta aparte, la recepción puede ser expresa, judicial (conforme a los términos del artículo 1792.6) o tácita. La distinción entre estas dos últimas formas no es evidente. El juez puede, en efecto, ser inducido a constatar que el dueño de la obra ha aceptado ya tácitamente los trabajos. Igualmente puede pronunciar una recepción a la que el dueño de la obra se ha opuesto abusivamente. El término de recepción judicial debería ser reservado a esta segunda hipótesis, pero tal cosa no siempre el ocurre.

Las condiciones de la recepción son, en su mayoría, comunes a los tres tipos de recepción. La voluntad del dueño de recibir los trabajos faltará, por hipótesis, en caso de recepción judicial.

Es necesaria una voluntad del dueño de la obra de recibir los trabajos. La voluntad del dueño de recibir la obra puede ser explícitamente mencionada en un acta escrita de recepción, lo que suprime entonces toda dificultad de prueba.

Pero la situación más delicada se produce cuando no ha tenido lugar ni rechazo ni acto expreso de recepción, deseando una de las partes a menudo demostrar entonces que se ha producido la recepción tácita. El Tribunal de Casación, que reconoce el poder de controlar las condiciones de existencia de semejante recepción, exige, sin embargo, que los jueces sólo afirmen la existencia de la misma en presencia de una voluntad no equívoca del dueño de recibir la obra. Esta última es excluida evidentemente en caso de ausencia de voluntad. Ella no existirá si la voluntad del dueño es equívoca. Pero la dificultad principal, que se conecta a la hipótesis más frecuente, es sin duda la de la entrada en los lugares o la toma de posesión de

la obra. *A priori*, este simple hecho no puede, sin otro elemento, constituir una recepción tácita. Es difícil establecer una lista de las circunstancias que hacen considerar la entrada en los lugares como equivalente a la recepción tácita. Hay que atender al propio caso. La toma de posesión de los lugares acompañada de un pago de las sumas reclamadas por el contratista es, sin embargo, insuficiente desde el momento que las reservas importantes emitidas por el dueño de la obra son susceptibles de hacer dudar de su voluntad de recibir. A la inversa, un rechazo del pago puede algunas veces no constituir obstáculo para la existencia de una recepción tácita. El contrato puede, además, prever una cláusula según la cual la toma de posesión de los lugares vale como recepción definitiva y sin reservas. Esta debe ser aplicada con todo rigor, cualesquiera que sean los elementos que hayan acompañado a la entrada en los lugares, lo que parece severo y puede colocar al dueño de la obra en una posición difícil.

Es necesaria una recepción contradictoria respecto de los constructores. La recepción supone, para ser contradictoria, que tenga lugar en presencia de los arrendadores de obra. No es, pues, válida si presenta un carácter unilateral. En cambio, el carácter contradictorio existe cuando el contratista asiste a las operaciones previas a la recepción y firma el acta. Este aspecto contradictorio de la recepción debe ser real y no simulado: la falsa afirmación de un contratista y de un dueño de la obra de que la recepción ha tenido lugar para hacer jugar el seguro obligatorio es constitutiva de fraude. Además, este aspecto contradictorio de la recepción impide al dueño poder modificar posteriormente el contenido.

Es indiferente la terminación previa de los trabajos. La 3.^a Cámara civil del Tribunal de Casación admite que la recepción puede producirse antes de la terminación de los trabajos. Esta solución está en oposición total con la previamente admitida por los jueces. Son precisas, sin embargo, unas determinadas condiciones para la recepción de los trabajos inacabados. La 3.^a Cámara civil rechaza el pronunciamiento de una recepción judicial cuando los trabajos no se encuentran en estado de ser recibidos en el momento de la toma de posesión, no siendo entonces el rechazo del dueño abusivo. Igualmente exige una voluntad particular manifiesta del dueño de recibir, concretada, por ejemplo, por un resumen de las partes de obra ejecutadas. A pesar de estos límites, la recepción de los trabajos inacabados es una solución criticable en principio, pues tiende a adelantar artificialmente el momento de la intervención del asegurador y puede constituir así una fuente de conflictos (y no permite decir más que la recepción marca el fin del contrato de empresa y

constata la extinción de las obligaciones contractuales de los constructores). Sin embargo, presenta la ventaja de extender la protección del dueño de la obra a hipótesis en las que la vulnerabilidad de este último es particularmente importante.

Es indiferente que haya reservas en la recepción. Conforme al propio texto del artículo 1792.6, la existencia de reservas en la recepción no priva a esta última de validez. Una recepción judicial puede incluso ser acompañada de reservas. Pero las reservas emitidas en el momento de la recepción pueden ser numerosas o importantes, haciendo dudar en tal caso que exista una voluntad real del dueño de recibir. Algunos jueces consideran entonces que, faltando una de sus condiciones esenciales, la recepción no es válida. El Tribunal de Casación adopta soluciones que contrastan, reconociendo alguna vez la existencia de una recepción incluso en presencia de numerosas reservas, mientras que, en otros casos, considera que estas últimas equivalen a un rechazo de la recepción por parte del dueño.

La recepción no es únicamente el punto de partida de las garantías de la Ley de 1978. La misma constituye igualmente el momento en que la guarda de la obra pasa del contratista al dueño. No se puede obligar a este último a soportarla si la obra se revela demasiado defectuosa.

La fecha de la recepción no plantea dificultades cuando esta última es expresa y única, puesto que figura en el documento establecido. La solución aparece más delicada en las otras hipótesis. La fecha de entrada en los lugares podrá ser considerada como una recepción tácita si las condiciones de la recepción anteriormente señaladas son reunidas. La recepción podrá ser igualmente fijada en la fecha prevista inicialmente para realizarla, si el rechazo del dueño en pronunciarla ha sido abusivo, o a la de la declaración de terminación de los trabajos, que corresponden al fin de la obra de construcción, incluso si han sido formuladas reservas ulteriormente, o incluso, para una recepción judicial de trabajos inacabados, en la fecha en que el contratista ha dejado la obra, si, al menos, la voluntad de recibir del dueño existía en esta fecha. Cuando diversos contratistas se suceden para realizar la obra, podría ser tentador proceder a una recepción por partes sin esperar a la terminación total de los trabajos. Esta posibilidad no parece, sin embargo, compatible ni con el espíritu ni con la letra de la Ley de 1978. El artículo 1792.6 habla de recepción de la obra y la jurisprudencia hace de este acontecimiento preciso el punto de partida de los plazos de garantía del dueño respecto de todos los intervenientes así como de las acciones de repetición de naturaleza contractual entre intervenientes.

nientes. Aceptar recepciones distintas para una obra única pone en cuestión esta unidad. No obstante, la norma AFNOR P 03001 admite, en algunos casos, una recepción parcial por cuerpos de estado (arts. 15.2.22 y siguientes). Si la obra realizada se compone de varios inmuebles que constituyen el objeto, cada uno, de recepciones sucesivas, el punto de partida de los plazos de garantía es, al menos respecto del arquitecto o del contratista general, el día en que el conjunto de la obra ha sido recibido.

En lo concerniente a los efectos de la recepción, ésta marca el fin de las relaciones contractuales entre el dueño de la obra y los constructores, que, por ello, están sometidos a las garantías legales. Desde entonces, esta extinción de las obligaciones contractuales priva a los dueños de obra del beneficio de la excepción *non adimplenti contractus*, incluso si los desórdenes, no aparentes en la recepción, se manifiestan más tarde.

Con respecto a la responsabilidad de los constructores, la ausencia o la existencia de la recepción así como sus modalidades entrañan consecuencias diferentes.

A falta de recepción, las garantías, decenales, bienales o de perfecta terminación, no pueden ser aplicadas. Sólo puede entonces jugar la responsabilidad contractual de derecho común fundada en el artículo 1147 del Código civil. Los contratistas están sometidos a una obligación de resultado. El seguro obligatorio de responsabilidad de los constructores, que sólo cubre los daños de naturaleza decenal, no puede ser aplicado. Cuando la recepción va acompañada de reservas, la reparación de los daños reservados sólo era posible a través de la garantía de perfecta terminación. Una doble evolución jurisprudencial se ha producido.

Cabe la coexistencia de la garantía de perfecta terminación y de la responsabilidad contractual de derecho común. La existencia de reservas en la recepción imponía la utilización de la garantía de perfecta terminación del artículo 1792.6, apartado 2, para reparar los daños así reservados. El Tribunal de Casación ha admitido, sin embargo, que los desórdenes reservados y no reparados se conectan a la responsabilidad contractual de derecho común del arquitecto y del contratista que, ante la puesta de reservas, subsiste concurrentemente con la garantía de perfecta terminación debida por el contratista (Cas. 3.^a civ., 13 de diciembre de 1995, *Bull. Civ. III*, núm. 255; *Rev. dr. inmob.* 1996, 223, obs. Malinvaud y Boublí). La garantía de perfecta terminación permanece, pues, siempre utilizable. Pero la expiración de su plazo de aplicación no conlleva, en sí misma, descarga de la responsabilidad de derecho común ante la puesta de reservas (Cas. com., 12 de noviembre de 1996, *J.C.P.*, 1997, IV, 24;

Rev. dr. inmob. 1997, 83, obs. Malinvaud). La garantía del artículo 1792.6, en cambio, ha sido siempre considerada como compatible con un mantenimiento de la responsabilidad de derecho común con respecto a los otros constructores que el contratista, así como para la reparación de las molestias de goce y otros tipos de perjuicios no cubiertos por la garantía de perfecta terminación.

Cabe la posibilidad de utilización de las garantías decenales y bienales para los desórdenes reservados que se agravan ulteriormente. El recurso a las garantías decenales y bienales era, en el origen, siempre excluido, incluso si los daños reservados respondían a los criterios de estas garantías e incluso si los daños siendo objeto de reservas no eran reparados a título de perfecta terminación. Una evolución jurisprudencial se ha producido. El Tribunal de Casación autoriza, en efecto, al dueño de la obra a demandar al contratista, sobre el fundamento de la garantía decenal, la reparación de los defectos que, señalados en la recepción, se han revelado después en su amplitud y sus consecuencias (Cas. 3.^a civ., 17 de julio de 1992, *Bull. Civ. III*, núm. 250; *Rev. dr. inmob.* 1992, 392, obs. Leguay).

La imposibilidad de utilización de las garantías decenales y bienales para los daños reservados permanece en todo caso, salvo en la hipótesis anteriormente mencionada. La misma prohíbe, correlativamente, la utilización del seguro de responsabilidad obligatorio. En cambio, el seguro de daños puede cubrir los desórdenes reservados que no habrían sido reparados en el marco de la garantía de perfecta terminación.

La recepción sin reservas cubre los vicios y los defectos de conformidad aparentes. El artículo 1792.6 no puede ser utilizado, a falta de reservas, y los daños aparentes no pueden ser denunciados posteriormente, siendo excluido el recurso a los artículos 1792 y 1792.3. Todo daño o toda diferencia en relación a las estipulaciones contractuales, aparente en la recepción, debe ser denunciado en este momento, no pudiendo ser objeto de ninguna reparación en caso de falta de denuncia.

La 3.^a Cámara civil tiende, sin embargo, a reducir el impacto, considerado demasiado brutal, de esta solución. Se reconoce al dueño el derecho a solicitar la reparación de los desórdenes aparentes, no reservados, en tres hipótesis: cuando la ausencia de reservas es, por sus circunstancias, ambigua; si el dueño de la obra no ha sido informado, por el maestro de obra, de las consecuencias de la ausencia de reservas; si el dueño no asiste, el mismo, a la recepción. El carácter aparente u oculto de un vicio o de un defecto de conformidad debe, en efecto, apreciarse respecto al propio dueño de la obra y no respecto al maestro de obra (Cas. 3.^a civ., 17 de no-

viembre de 1993, *Bull. Civ.* III, núm. 146; *Rev. dr. inmob.* 1994, 53 y 252, obs. Malinvaud y Boubli). En virtud de esta jurisprudencia, contestable, sólo parece que pueden existir vicios aparentes oponibles al dueño si éste ha participado, el mismo, en la recepción, lo que implica animarle indirectamente a que esté ausente; si el desorden aparente, no reservado, sólo se revela ulteriormente en su amplitud o sus consecuencias.

La ausencia de reservas en la recepción no excluye la denuncia posterior de los daños y defectos de conformidad no aparentes. La recepción constituye el punto de partida de todas las garantías, por lo que el dueño de la obra podrá elegir sobre la base de los artículos 1792, 1792.3 y 1792.6 si denuncia los daños en el plazo de un año. En caso contrario, si los desórdenes sólo se manifiestan con posterioridad al año siguiente de la recepción, únicamente las garantías decenales y bienales son utilizables para los desórdenes que responden a sus caracteres, con la exclusión de la responsabilidad de derecho común.

Caston⁵⁰ señala que el Código civil de 1804 sólo contiene dos disposiciones sobre la recepción: los artículos 1790 y 1788. La Ley de 3 de enero de 1967 añade al Código civil varios artículos que mencionan la recepción (arts. 1646.1, 1601.3, apartado 2.º y 1642.1). El Decreto de aplicación de 22 de diciembre de 1967 de la Ley de 3 de enero de 1967 menciona la recepción sin reserva, punto de partida del plazo decenal. La Ley de 16 de julio de 1971 menciona igualmente a la recepción.

El legislador de 1978 ha conferido a la recepción de la obra un papel fundamental, puesto que su Ley se refiere a ella cinco veces, esencialmente en los artículos 1792.6 (apartados 1 y 2) y 2270, que establecen el punto de partida de algunas responsabilidades, así como a propósito de un aspecto particular de la aplicación del seguro de daños obligatorio, en los apartados 3 y 4 del artículo L. 242.1, nuevo, del Código de seguros.

La norma NF P 03-001, en su edición de 1948, como los pliegos de condiciones de las sociedades de HLM, preveían una recepción en dos tiempos: una recepción llamada «provisional» o «con reservas», que prepara a la segunda, llamada «definitiva» o «sin reservas». La norma P 03-001, homologada por la Orden de 24 de octubre de 1972, preveía una sola recepción. La norma P 03-001 de 1989 hace lo mismo. La edición de 1991 no ha cambiado nada.

El Decreto de 22 de diciembre de 1967 (arts. R. 111.24 y siguientes del CCH) distinguía, por su parte, entre la recepción

⁵⁰ CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, París, 2000, pp. 119 ss.

«con reservas» y la recepción «sin reservas»; esta terminología ha sido adoptada por la Ley de 16 de julio de 1971. Es decir, que la dualidad de recepciones acogida por la práctica, no es esencial al concepto de recepción y no existe siempre, puesto que el Código civil no hacía mención de ella. Es precisamente el sistema de las normas P 03-011 y P 03-001 de 1972, que el legislador de 1978 ha institucionalizado, pero es esencial subrayar que las disposiciones que reglamentan la recepción no son revestidas del carácter de orden público; la de la recepción, tratada en el artículo 1792.6, no figura en la lista de las disposiciones de orden público. Sólo la garantía de perfecta terminación es de orden público, después del retoque al artículo 1792.5 por la Ley de 19 de diciembre de 1990.

Hay que concluir que para los trabajos privados, la unicidad de la recepción puede ser combatida por disposiciones en contra de las convenciones y pliegos de condiciones.

La recepción es un fenómeno importante, que marca una ruptura en la naturaleza de las obligaciones del contratista. Se caracteriza por la aceptación de los trabajos por el dueño de la obra y pone fin, según la doctrina clásica, al período contractual de las obligaciones del contratista fundadas en el artículo 1147 del Código Civil, implicando, por sí misma, la apertura de la responsabilidad decenal reglamentada por los artículos 1792 y 2270 del Código civil. Para los defectos y no conformidades aparentes en su fecha, la recepción libera al contratista, ya que constituye una aceptación de los trabajos tal como han sido ejecutados.

Sin embargo, vestigio de la época en que había lugar a dos tiempos, la recepción deja subsistir un período, llamado de garantía de perfecta terminación, durante el cual el dueño de obra puede todavía incriminar los defectos y no conformidades que no eran aparentes en este momento. Si la recepción es acordada, es que la obra satisface a aquél por cuenta del cual es ejecutada, que debe, desde ese momento, pagar el precio. Corolario de la obligación de entrega del contratista, la recepción de los trabajos provoca el paso de la guarda y de los riesgos al dueño de la obra; se plantea también la cuestión del momento de la transferencia de la propiedad de la obra.

Los defensores de la tesis unitaria, para los que la responsabilidad decenal es una simple aplicación del derecho común de la responsabilidad contractual, niegan la importancia de la recepción, que sólo sería el «aspecto negativo de la entrega», es decir, la entrega «vista del lado del acreedor», y finalmente una banal «técnica de constatación de la entrega».

En oposición a esta tesis, algún autor ve en la recepción una convención –distinta del arrendamiento de obra inicial– en la que

serían partes el dueño de la obra de un lado, el contratista y el arquitecto de otro. El efecto exoneratorio conserva entonces toda su plenitud.

La doctrina dominante se sitúa entre estas dos concepciones extremas; sin reducir la recepción a ser únicamente un instrumento técnico, se niega a conferirle una naturaleza convencional, suponiendo un doble o incluso un triple consentimiento. Ella es un acto jurídico unilateral. Es un acto jurídico que implica una manifestación de voluntad del propietario: la de aceptar los trabajos. Se podría entonces definir como la manifestación de voluntad, eventualmente tácita, del dueño de la obra que traduce su intención de aceptar los trabajos, a fin de que se abra el plazo de prueba de los artículos 1792 y 2270 del Código civil.

Precisamente, el legislador de 4 de enero de 1978 ha tomado partido por esta vía intermedia, al definir en el nuevo artículo 1792.6 del Código civil a la recepción como el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas. Desde entonces, el debate ha quedado zanjado.

La claridad de las disposiciones surgidas de la Ley de 1978 debería, en toda hipótesis, cerrar el debate. La recepción es un acto jurídico, acto que sólo existe en la medida en que aparezca una manifestación de voluntad no equívoca del dueño de la obra. La jurisprudencia del Tribunal de Casación no es ambigua en este punto (Cas. civ. 3.^a, 30 de septiembre de 1998, *Bull. Cass.* núm. 175).

La recepción es expresa cuando es constatada en un acta: pero, ante el silencio del dueño de la obra, puede inferirse de la actitud de este último que, por ejemplo, al tomar posesión y pagar al contratista la habrá acordado tácitamente. En algunas hipótesis, la recepción puede ser provocada por el contratista, si el dueño de la obra se abstiene de toda iniciativa, o incluso rehusa proceder a ella.

La Ley de 4 de enero de 1978 consagra la unicidad de la recepción. El sistema presenta la ventaja de suprimir todo equívoco, puesto que la formalidad correspondiente a la recepción provisinal ha devenido la recepción única; sin embargo, el dueño de la obra conserva la posibilidad de incriminar, durante un año, a contar de esta recepción única, los trabajos que no son satisfactorios. Existe, en beneficio del contratista, un procedimiento de realización de reservas.

La Ley de 4 de enero de 1978 no dedica demasiadas disposiciones a las formas de la recepción. En los términos del artículo 1792.6, la recepción tiene lugar a solicitud de la parte más diligente, sea amistosamente, sea en su defecto judicialmente. En todo caso es pronun-

ciada contradictoriamente. La exigencia esencial es, pues, la del carácter contradictorio de la recepción.

No obstante, es importante no equivocarse sobre el alcance de la exigencia legal: el hecho de que la recepción deba ser pronunciada contradictoriamente, no significa que el contratista deba aportar su consentimiento para que el acto produzca sus efectos; el legislador ha querido únicamente preservar los derechos del contratista y hacer que la recepción sea pronunciada, estando este último presente o habiendo sido debidamente llamado. Esto significa que en caso de ausencia de la empresa en las operaciones de recepción, el acta que sea elaborada debería serle notificada para que se le dé un conocimiento oficial de las reservas formuladas, ya que las mismas entrañan la puesta en funcionamiento de la garantía de perfecta terminación. De hecho, tanto antes como después de la reforma de 4 de enero de 1978, la firma del contratista no es una condición de validez de la recepción; la misma facilita simplemente la prueba del conocimiento que éste tenga de los acontecimientos constatados por el acta; puede muy bien ser reemplazada por una notificación.

La Ley indica que la recepción tiene lugar a solicitud de la parte más diligente y es importante no cometer el siguiente error: la parte más diligente no es la parte en la recepción, sino la parte en la convención originaria, es decir, en el contrato; en efecto, la recepción es, como sabemos, un acto jurídico unilateral.

Según la actual edición de la norma P 03-001 (publicada en septiembre de 1991), el dueño de la obra puede pronunciar la recepción sin reservas. Si la recepción ha sido pronunciada con reservas, el contratista dispone de un plazo fijado, salvo acuerdo común, de noventa días a contar del día de la recepción para ejecutar los trabajos demandados (art. 15.2.5.2).

Si el contratista no los ejecuta, cuando tenga lugar la expiración del plazo convenido, o el de noventa días mencionado anteriormente, el dueño de la obra puede hacer ejecutar los trabajos a costa, riesgo y peligro del contratista, después de la puesta en mora infructuosa (art. 15.2.5.3 de la norma).

Será prudente, en cada caso, para evitar toda contestación sobre la materialidad de los desórdenes, hacer designar con urgencia un experto; este procedimiento, poco formalista y rápido, aporta garantías complementarias, a cada una de las partes, para el futuro.

La Ley de 4 de enero de 1978 autoriza la ejecución a costa y riesgos del contratista, después de la puesta en mora infructuosa (art. 1792.6 nuevo, apartado 4). La norma ha sido puesta en armonía con la Ley. Pero será prudente organizar un peritaje, teniendo

en cuenta la exigencia de contradicción, establecida por el artículo 1792.6.

Inmediatamente después de la terminación de los trabajos de reparación, el contratista debe, por carta certificada con acuse de recibo, solicitar la supresión de las reservas (art. 15.2.5.4, norma de 1991).

Nada impide al dueño de la obra solicitar, durante el curso del año de garantía, nuevas reparaciones al contratista.

La Ley de 4 de enero de 1978 dedica pocas disposiciones al establecimiento de reservas; se trata, en el seno del artículo 1792.6, de los apartados 3 a 5 incluidos. La garantía de perfecta terminación es, precisamente, la que concierne a los trabajos que han sido objeto de reservas en la recepción o durante el año que sigue a la misma.

Aunque surgido de las normas AFNOR más recientes, el sistema del legislador ofrece menos garantías al contratista y necesita siempre la referencia, para los trabajos privados, a la norma P 03-001 de 1991.

La Ley de 4 de enero de 1978 no trata sobre la recepción tácita; todo lo contrario, ya que en el artículo 1792.6 nuevo del Código Civil define la recepción como el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas. Esta formulación ha perturbado a algunos espíritus y se ha cuestionado si todavía había lugar en el sistema de 1978 para una recepción tácita, teniendo en cuenta que el legislador sólo prevé la recepción expresa.

El ruido ha sido acrecentado por una cláusula-tipo, que figura en el anexo de la Orden de 17 de noviembre de 1978 (que concierne al seguro obligatorio), considerándose que el legislador había querido poner fin al carácter tácito de la recepción. Mas precisamente, entre las cláusulas aplicables al contrato de seguro de daños (anexo 2 del artículo A. 241.1 del Código de seguros) figura, bajo la rúbrica «obligaciones del asegurado», una disposición por la que este último se obliga a declarar al asegurador las recepciones de trabajos así como a remitirle en el mes de su pronunciamiento la o las actas de las recepciones.

Se ha invocado la formulación del nuevo artículo 1792.6 del Código Civil (la recepción es el acto por el que el dueño de la obra declara aceptar la obra...), subrayando que la Ley sólo prevé, en su defecto, la recepción judicial.

Así, en ausencia de un acta de recepción o de asignación, no hay recepción; el plazo decenal no se abre; la responsabilidad es perpetua. La tesis es singular y da muestras de un formalismo sorprendente.

Esta interpretación es totalmente irreal; mezcla dos nociones que un razonamiento jurídico clásico distingue fácilmente: la existencia del acto jurídico y su modo de prueba.

La ausencia de acta de recepción amistosa no es una situación nueva para la jurisprudencia. Esta, en el silencio del dueño de la obra, ha tenido ya ocasión de retener dos circunstancias fundamentales, que permiten interpretar la voluntad de aquél por cuya cuenta los trabajos han sido ejecutados.

Se trata de la toma de posesión de la obra acabada y, sobre todo, de su pago. Es evidente que esta doble actitud del dueño de la obra caracteriza un comportamiento elocuente, respecto de la noción de recepción, y sobre todo que este reglamento de los trabajos (acto jurídico por excelencia), por el dueño, corresponde a la ejecución de una obligación de un contrato sinalagmático, marcando así, por la reciprocidad de las ejecuciones, que cada parte está satisfecha de la ejecución, por el otro, de su obligación.

La redacción de un acta sólo facilita la prueba del acto de recepción, pero no condiciona en ningún sentido la existencia de éste; la recepción no es, pues, un acto solemne.

Además, es a propósito de las cuestiones del seguro que el debate sobre las modalidades de la recepción se ha planteado en la jurisprudencia y ha sido resuelto en el sentido de una recepción tácita. De hecho, hoy como ayer, la redacción de un acta es útil, pues evita toda discusión sobre la existencia del acto. Prevista en las cláusulas-tipo del seguro de daños, no podrá más que incitar al suscriptor a redactar tal documento; precisamente, el suscriptor de un semejante contrato de daños es el propio dueño de la obra, quien sólo tiene cualidad para pronunciar la recepción.

La tesis mantenida de la recepción tácita ha sido consagrada por el Tribunal de Casación en una importante sentencia de 16 de julio de 1987, a la que han seguido numerosas sentencias⁵¹.

El artículo 1792.6 precisa, simplemente, que la recepción tiene lugar a solicitud de la parte más diligente, lo que reproduce la alternativa singular de la norma P 03-011 de 1948, que la norma P 03-001 de 1972 había suprimido.

La Ley de 1978 añade que la recepción acontece sea amistosamente, sea, en su defecto, judicialmente.

El contratista debe hacer la solicitud en las condiciones previstas por la norma NF P 03-001 de 1991⁵².

⁵¹ Amplia información jurisprudencial por CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, cit., pp. 136 ss.

⁵² CASTON (*La responsabilité des constructeurs*, cit., p. 145) expone el contenido de esta norma.

Sólo el dueño de la obra está habilitado para pronunciar la recepción. Existe en este caso una simple aplicación de las normas del derecho de los contratos; el contrato comporta obligaciones recíprocas: la del contratista de ejecutar la obra; la del dueño de la obra de pagar el precio. Es, pues, a éste y sólo a éste a quien corresponde precisar si la obra realizada responde, tanto en lo referente a las conformidades contractuales como a la calidad de los trabajos, a la promesa del contratista.

La norma AFNOR P 03-001 de 1991 lo precisa bien en su artículo 15.2.3.3: El acta de recepción o de rechazo de recepción es firmada por el dueño de la obra.

Ciertamente, el dueño de la obra se beneficia del concurso del arquitecto, pero este último sólo actúa en calidad de consejo y no podrá pronunciar el mismo la recepción: un acta, sólo firmada por el arquitecto, no obliga en ningún sentido al dueño de la obra (Cas. civ. 3.^a, 18 de marzo de 1970, *Bull. Cass.* 1965, núm. 356; Tribunal de apelación de París, 9 de febrero de 1965, J.C.P. 1966-IV-28). El dueño de la obra tiene siempre el derecho de hacer verificar, por un experto elegido por él, la buena ejecución de los trabajos (Cas. civ. 3.^a, 12 de noviembre de 1974, *Bull. Cass.* núm. 409).

La Ley de 4 de enero de 1978 confirma el principio de que sólo el dueño de la obra está cualificado para pronunciar la recepción, enunciándolo en el artículo 1792.6 nuevo: La recepción es el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra.

El arquitecto, que asiste a su cliente con ocasión de la recepción, pone en práctica su deber de consejo; al no señalar al dueño de la obra un vicio aparente, compromete su responsabilidad contractual de derecho común y no podrá pretender beneficiarse del efecto exoneratorio de la recepción que concierne a este mismo vicio (Cas. civ. 3.^a, 16 de diciembre de 1970, *Bull. Cass.* núm. 701).

En ausencia de arquitecto, es al contratista al que corresponde esclarecer al dueño de la obra, en virtud de su propio deber de consejo.

La terminación de los trabajos como condición de la recepción de la obra era enunciada por la norma P 03-001, en su edición de 1948. Las normas P 03-001 de 1972 y P 03-011 no decían otra cosa.

La jurisprudencia había afirmado ya que la toma de posesión antes de la terminación no podía valer incluso como recepción provisional, bajo el imperio del régimen de la doble recepción (Cas. civ. 17 de julio de 1961, A.J.P.I. 1961, p. 167). Se había decidido igualmente que la toma de posesión sólo puede valer como recepción si, teniendo lugar después de la terminación de los trabajos, revela la aprobación dada por el dueño de la obra (Cas. civ. 3.^a, 8

de octubre de 1974, *Bull. Cass.* núm. 337; *Cas. civ. 3.^a*, 15 de junio de 1977, *Bull. Civ.* núm. 260; *Cas. civ. 3.^a*, 24 de marzo de 1982, *Bull. Cas.* núm. 80).

La Ley de 1978, al prever la abertura con la recepción de la garantía de perfecta terminación (art. 1792.6, ap. 2), supone implícitamente, sino necesariamente, esta terminación.

Es necesario que los trabajos sean bien ejecutados. La norma NF P 03-001 actual indica que el rechazo de la recepción sólo puede ser motivado por la falta de terminación de las obras o por un conjunto de imperfecciones equivalente a la falta de terminación o que necesiten reparaciones de obra.

El efecto exoneratorio de la recepción es un punto fundamental de la materia, que toma su fuente en los trabajos preparatorios del Código civil.

El principio es constantemente afirmado por la jurisprudencia, adoptando la fórmula de que la aceptación de los trabajos libera de responsabilidad al arrendador de obra en lo que concierne a los vicios aparentes⁵³.

Antes de la Ley de 4 de enero de 1978, se podía encontrar la justificación legal de la solución en el artículo 1646.1, insertado en el Código civil por la Ley de 3 de enero de 1967. Por razones de armonización, la redacción del artículo 1646.1 ha sido modificada, siendo reemplazadas las palabras «vicios ocultos» por la palabra «obligaciones». El legislador de 1978 no ha pretendido suprimir este principio. Recuerda en el apartado 2 del artículo 1792.6, concerniente al ámbito de aplicación de la garantía de perfecta terminación, que se cuenta a partir de la recepción. Esta garantía se extiende a la reparación de todos los desórdenes señalados por el dueño de la obra, sea por medio de reservas mencionadas en el acta de recepción, sea por la vía de notificación escrita para los revelados posteriormente a la recepción. Resulta indudablemente del texto que la garantía de perfecta terminación sólo se aplica a los desórdenes revelados con anterioridad a la recepción y que no han sido objeto de reservas; sucede lo mismo para los que, revelados durante el plazo de la garantía de perfecta terminación, no hayan sido objeto de ninguna notificación escrita entonces. Todo esto es lógico, puesto que la recepción constituye una aceptación de los trabajos por el dueño de la obra; los vicios aparentes se reputan que han sido aceptados con el resto de la obra. Importa poco que el legislador haya suprimido la referencia a los vicios ocultos en los

⁵³ Amplia información jurisprudencial por CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, cit., pp. 154-155.

artículos 1646.1 y 1831.1 del Código civil, relativo el primero al vendedor de un inmueble por construir, y el segundo al promotor. Ciertamente, estos dos textos conciernen indirectamente a nuestra materia, ya que establecen, respectivamente, la responsabilidad del vendedor de un inmueble por construir y la del promotor, por referencia a la de los arquitectos y contratistas; pero las modificaciones de redacción llevadas a cabo son de pura forma; si la referencia a los vicios ocultos desaparece en la nueva redacción, en beneficio de la simple mención de las obligaciones a que están obligados los arquitectos y contratistas, no hay otra cosa que la toma en consideración del mecanismo nuevo de la responsabilidad decenal presumida, que no contraviene al principio de la exoneración de los vicios aparentes. Mas precisamente, se trata de hacer concordes los artículos 1646.1 y 1831.1 con los artículos 1792.1 y 1792.3, siendo reemplazada la noción de vicio por la de daño; la responsabilidad decenal y la garantía de buen funcionamiento son reunidas bajo la denominación común de obligaciones de los arquitectos y contratistas.

La jurisprudencia acoge firmemente el efecto exoneratorio. En las relaciones entre el dueño de la obra y el maestro de obra, la garantía legal no puede concernir a los vicios conocidos en el momento de la recepción (Cas. civ. 3.^a, 19 de marzo de 1986, *Bull. Cass.* núm. 29).

Algunos autores han lamentado este efecto exoneratorio, en lo que concierne a los vicios aparentes que provocan la ruina de la obra. En realidad, la jurisprudencia admite atemperaciones al principio. En todo caso, la recepción sólo cubre los vicios cuyos efectos sobre las partes maestras del inmueble son evidentes para un no técnico. Siguiendo la fórmula de una sentencia, la exoneración sólo se refiere a los vicios que pueden ser descubiertos por un dueño de la obra normalmente diligente; los defectos que no aparecen más que con el uso no constituyen vicios aparentes (Cas. civ. 3.^a, 23 de noviembre de 1976, *Bull. Cass.* núm. 415).

La jurisprudencia distingue entre la apariencia del vicio y la de sus consecuencias; estima que importa poco que un vicio sea aparente, si sus consecuencias graves para el orden de las obras no pueden ser determinadas en el momento de la recepción (Cas. civ. 1.^a, 17 de mayo de 1965, *Bull. Cass.* núm. 320; Cas. civ. 3.^a, 27 de abril de 1977, *Bull. Cass.* núm. 178). El Tribunal de Casación mezcla la ignorancia de la causa del daño y la incertidumbre del efecto⁵⁴.

⁵⁴ Amplia información jurisprudencial por CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, cit., pp. 156 ss.

La Ley de 4 de enero de 1978 hace partir de la recepción única la garantía de perfecta terminación, la responsabilidad decenal y la garantía bienal de buen funcionamiento. Ninguna distinción existe según que las obras hayan sido o no objeto de reservas. Durante el primer año, tres regímenes van a coexistir: el dueño de la obra podrá elegir, para un mismo daño, entre, de una parte, la responsabilidad contractual de la garantía de perfecta terminación, y, de otra parte, según la naturaleza y el objeto del daño, la responsabilidad decenal y la garantía bienal de buen funcionamiento. La norma NF P 03-001 de 1991 enuncia en su artículo 15.1.3 que la fecha de recepción es el punto de partida de las responsabilidades y garantías establecidas por los artículos 1792, 1792.2, 1792.3, 1792.6 y 2270 del Código civil.

Cuestión importante es la relativa a la influencia de la recepción sobre la guarda, los riesgos y la propiedad.

Dos tesis se oponen: según la primera, la propiedad pasa al dueño de la obra a medida en que se incorporan los materiales a la obra. Según la segunda, la transferencia sólo tiene lugar con la recepción.

Un texto del Código civil parece solucionar la cuestión; el artículo 1788 del Código Civil aplica la norma del artículo 1138, precisando que si, en el caso en que el obrero suministra la materia, la cosa perece, de cualquier manera que sea antes de ser entregada, la pérdida es para el obrero, a menos que el dueño de la obra haya sido puesto en mora en la recepción de la cosa. Así, por aplicación de la regla *res perit domino*, la transferencia de propiedad se retrataría hasta la entrega, pues los riesgos recaen sobre el contratista antes de la recepción, a menos que el dueño de la obra haya sido puesto en mora en la recepción de la cosa.

Sin embargo, es preciso referirse al artículo 551 del Código civil que establece el principio de la accesión, a cuyo tenor, todo lo que se une y se incorpora a la cosa pertenece al propietario.

La Ley de 3 de enero de 1967 acredita la tesis de la accesión, cuando añade, reglamentando las ventas de inmuebles por construir, el artículo 1601.3 al Código civil, estableciendo que la venta en estado de futura terminación es el contrato por el cual el vendedor transfiere inmediatamente al adquirente sus derechos sobre el suelo así como la propiedad de las construcciones existentes. Las obras futuras son propiedad del adquirente a medida de su ejecución; el adquirente está obligado a pagar el precio a medida que avanzan los trabajos. El Tribunal de Casación lo ha confirmado por una sentencia de 23 de abril de 1974 (*Bull. Cass.* núm. 163). Además, se ha establecido que el contratista no es poseedor de las obras

en construcción (Cas. civ. 3.^a, 8 de diciembre de 1976, *Bull. Cass.* núm. 449).

El contratista soporta los riesgos hasta la recepción de la obra; a partir de ella, recaen sobre el comitente.

2. Derecho italiano

En el Derecho italiano, el Código civil regula la recepción de la obra.

El artículo 1665, relativo a la verificación y el pago de la obra, dispone que el comitente, antes de recibir la entrega, tiene derecho a verificar la obra ejecutada. La verificación debe ser hecha por el comitente apenas el contratista le pone en condiciones de poder llevarla a cabo. Si, no obstante la invitación realizada por el contratista, el comitente no procede a la verificación sin justos motivos, o bien no comunica el resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada. Si el comitente recibe sin reservas la entrega de la obra, ésta se considera aceptada, aunque no se haya procedido a la verificación. Salvo pacto o uso en sentido contrario, el contratista tiene derecho al pago del precio cuando la obra es aceptada por el comitente.

El artículo 1666, referente a la verificación y el pago de partes singulares, establece que si se trata de una obra a ejecutar por partes, cada uno de los contratantes puede solicitar que la verificación tenga lugar por partes singulares. En tal caso, el contratista puede demandar el pago en proporción a la obra ejecutada. El pago hace presumir la aceptación de la parte de obra pagada; no produce este efecto la entrega de simples pagos a cuenta.

El artículo 1667, sobre la deformidad y vicios de la obra, afirma que el contratista está obligado a la garantía por la deformidad y los vicios de la obra. La garantía no es debida si el comitente ha aceptado la obra y la deformidad o los vicios eran conocidos por él, con tal que, en este caso, no hayan sido ocultados con mala fe por el contratista.

Según Rubino⁵⁵, la verificación es aquel conjunto de operaciones materiales que tienen por fin determinar si la obra ha sido ejecutada bien.

El párrafo 1.^o del artículo 1665 reconoce al comitente un verdadero y propio derecho a llevar a cabo la verificación antes de recibir la obra. Esto es perfectamente comprensible, dada la particular

⁵⁵ RUBINO, «L'appalto», en *Trattato di diritto civile italiano*, bajo la dirección de Vassalli, VII-3, 4.^a edición con notas de MOSCATI, Torino, 1980, pp. 746 ss.

naturaleza técnica de la prestación del contratista. Además de un derecho, la verificación es también una carga para el comitente si quiere conservar totalmente la garantía por vicios o deformidad, porque si acepta la obra sin haberla verificado antes, pierde la garantía por los vicios y la deformidad aparentes, conservándola sólo por los ocultos.

Este derecho a la verificación es reconocido por la ley sólo al comitente, que puede no ejercitárolo, aceptando la obra sin haberla verificado antes. En tal caso la aceptación produce todos sus efectos normales.

Si el contrato no dispone nada al respecto, y si el comitente no desea proceder a la verificación, el contratista no puede constreñirlo a ejecutarla. Además, no tendrá interés en ello. Su interés sólo es que el comitente, si no quiere llevar a cabo la verificación, acepte la obra, y esto puede implicar una aceptación presunta, por la vía del artículo 1665, párrafo 3.^º

El comitente puede ejecutar la verificación personalmente o por medio de un tercero a quien se lo ha encargado.

Acerca del tiempo en que ha de ejecutarse la verificación, hay que tener en cuenta en primer lugar las eventuales cláusulas del contrato. En caso de silencio del contrato vale la siguiente regla: ultimada la obra, el contratista tiene el deber de advertir al comitente, a fin de que el mismo esté en condiciones de proceder a la verificación, y de predisponer también todos los otros preparativos y dispositivos que eventualmente, según los casos concretos, sean necesarios para la ejecución de la verificación.

Correlativamente al derecho del comitente a la verificación, el contratista tiene el deber de dejar ejecutar la verificación. En virtud de este deber, el mismo está obligado no sólo a no hacer ninguna cosa que pueda impedir u obstaculizar la verificación, sino también a hacer todo lo que de él dependa para hacer posible la ejecución de la verificación.

El contratista tiene el deber de estar presente en la verificación sólo si esto es necesario para la propia verificación. Puede intervenir su representante, si esto es suficiente. Por el contrario, el contratista tiene siempre el derecho a estar presente en la verificación, aunque sea por medio de un representante suyo, a fin de poder discutir sobre la existencia o no de vicios.

El lugar de la verificación, si se trata de inmuebles, es evidentemente el mismo en que está situado el inmueble. Para los muebles, como regla, es el lugar en que se desarrollan los trabajos, con la consecuencia de que el contratista puede negarse a que se efectúe la verificación en el domicilio del comitente o en otros lugares. Natu-

ralmente, las partes tienen la facultad de establecer, en el contrato originario o por medio de cláusulas añadidas, el domicilio del comitente o un lugar diverso como lugar para la verificación. Sin embargo, si el lugar de la verificación es diverso del de la ejecución de la obra, los gastos ocasionados, como por ejemplo los del transporte de la cosa, son normalmente a cargo del contratista.

Para que proceda la verificación, no es necesario que la obra esté totalmente terminada: basta que hayan sido ejecutadas las partes principales; cualquier elemento accesorio o secundario puede ser terminado después.

Las operaciones de verificación corresponden al comitente, que ostenta la dirección y puede regularla como considere más oportuno, pero sin hacerla más onerosa de lo debido para el contratista. Por su parte, éste debe prestar la necesaria colaboración en el plano ejecutivo.

Para determinar cómo ha de ejecutarse la verificación, hay que observar en primer lugar las cláusulas del contrato, y a falta de ellas, los usos y las reglas del arte. La verificación puede consistir en un simple control de la forma, de las dimensiones y de la estructura de la obra, o también en uno o más actos de empleo de la misma, a título de prueba de su funcionamiento. A esta segunda modalidad se recurre sobre todo para las máquinas y también para determinadas obras inmobiliarias.

Especialmente en relación con los inmuebles, y también para determinados bienes muebles que requieren determinadas pruebas de funcionamiento, son necesarios muchos días para llevar a cabo la verificación. En tales casos, si nada se ha establecido en el contrato, la duración de la verificación es determinada por las exigencias técnicas del caso concreto o por los usos. No obstante, las partes pueden determinar la duración de la verificación.

Las conclusiones de la verificación vienen determinadas por la objetividad y el *arbitrium boni viri*. Pero el eventual resultado negativo no vincula al contratista, porque, en caso de contestación, la decisión definitiva corresponde sólo al juez.

La verificación puede ser total, es decir, referirse a toda la obra, o parcial, esto es, limitarse a partes singulares de la misma.

El comitente puede incurrir en mora al ejecutar la verificación. Se trata de un caso de mora del acreedor, que se diferencia de la mora al recibir la entrega de la obra.

El artículo 1665, párrafo 2.º, dispone que la verificación debe ser llevada a cabo por el comitente apenas el contratista le pone en disposición de poder ejecutarla.

Para que el comitente incurra en mora en la verificación, han de concurrir tres presupuestos: que el contratista lo invite a proceder a la verificación, que lo ponga en situación de ejecutarla efectivamente, y que no obstante esto, el comitente no proceda a ella en un lapso de tiempo razonable.

En cuanto al primer requisito, el acto de constitución en mora, la ley no requiere ninguna formalidad, con la consecuencia de que la invitación puede ser oral.

La invitación presupone que la obra está terminada. Así, una vez terminados los trabajos, el comitente debe ser informado de la terminación y es en este momento que la invitación a la verificación de la obra vale para constituirlo en mora.

Sobre el segundo requisito, es suficiente añadir que el comitente no cae en mora, si no obstante la terminación de los trabajos y la invitación, no es puesto en situación por el contratista, cualquiera que sea el motivo, de llevar a cabo (y no simplemente iniciar) la verificación.

Más elástico es el tercer requisito. El párrafo 2.º del artículo 1665 dispone que la verificación debe ser hecha por el comitente apenas el contratista lo pone en situación de poder llevarla a cabo.

De acuerdo con el párrafo 3.º del artículo 1665, el comitente no incurre en mora, sin que exista ninguna presunción legal de aceptación de la obra, si éste no procede por justos motivos a la verificación, después de haber recibido la invitación. Tales justos motivos surgen sobre todo del conjunto de las circunstancias del caso concreto (compromisos asumidos precedentemente o sobrevenidos en el último momento, ausencia, residencia en otra ciudad, enfermedad, etcétera).

El problema radica en valorar equitativamente los intereses de las dos partes: de un lado, el comitente tiene interés en no verse privado de la verificación y no sufrir la aceptación de una obra que él no quiere. De otro lado, al contratista le interesa salir pronto de la incertidumbre y, sobre todo, recibir el precio sin retraso, y también liberarse pronto de la custodia de la obra. Por ello la presunción legal de aceptación de la obra, que establece el párrafo 3.º del artículo 1665, es una sanción por la mora del comitente (en la verificación).

La mora del comitente en la ejecución de la verificación produce un efecto muy importante y particular: si, no obstante la invitación del contratista, el comitente se opone a proceder a la verificación sin justos motivos... la obra se considera aceptada (art. 1665, párrafo 3.º). Se trata de un caso de aceptación presunta.

Como consecuencia de la presunción (absoluta) de aceptación, la mora determina el paso íntegro del riesgo y peligro al comitente

(art. 1673, párrafo 1.º, en conformidad con el principio general del artículo 1207, párrafo 1.º del Código civil).

Bajo la vigencia del Código civil de 1865, doctrina y jurisprudencia consideraban que la mora en ejecutar la verificación determinaba también el deber de resarcir los daños sufridos por el contratista por el retraso. Esta consecuencia ha de considerarse superada por el artículo 1665, párrafo 3.º, que ha establecido un efecto más enérgico (la aceptación presunta de la obra). Sobrevenida la mora en la verificación, la obra se considera sin más aceptada.

A través de la aceptación presunta, la mora en el cumplimiento de la verificación influye indirectamente sobre el pago del precio si éste, como en general acontece, deviene exigible con la aceptación de la obra. Si en este caso el comitente no paga la contraprestación es constituido también en mora por el precio al que se añade el deber de resarcimiento de los daños.

Además, es a cargo del comitente durante todo el período de la mora el riesgo del eventual perecimiento o deterioro de la obra (art. 1673, párrafo 1.º del Código civil).

Rubino⁵⁶ puntualiza que el segundo momento esencial en la fase final del cumplimiento del contratista está constituido por la aceptación de la obra por el comitente. La aceptación sólo es pura y simple, desde el momento que no es aceptación, sino un verdadero y propio rechazo de aceptar la obra, la denominada aceptación con reserva.

La aceptación consiste esencialmente en un acto de voluntad a través del cual se declara querer recibir la prestación, la obra ejecutada, en cuanto que la misma se encuentra inmune de vicios y de deformidad o si ha renunciado a hacerlos valer.

La aceptación es un negocio jurídico unilateral recepticio.

En todo caso, la aceptación puede ser cumplida por el comitente o por su representante.

La aceptación puede ser expresa, tácita y presunta.

La aceptación expresa se produce cuando el comitente emite una declaración que tiene por fin y contenido directos e inmediatos la voluntad de aceptar la obra. Esta declaración puede ser también oral. La misma puede ser realizada sin que sea ejecutada la verificación.

La aceptación tácita tiene lugar cuando el comitente o su representante autorizado lleva a cabo un acto que necesariamente implica la voluntad de aceptar, o que es incompatible con una voluntad de no aceptar la obra.

⁵⁶ RUBINO, «L'appalto», cit., pp. 791 ss.

Cabe también la aceptación presunta. Existe una presunción absoluta que representa una especie de sanción por el retraso del comitente en ejecutar la verificación o en comunicar el resultado de la misma al contratista. Su fundamento sancionador se explica porque se debe hablar de presunciones absolutas, con la consecuencia de que, una vez transcurrido un breve plazo, el juez no puede eximirse de considerar realizada tal presunción.

El primer caso tiene lugar cuando, no obstante la invitación del contratista, el comitente omite proceder a la verificación sin justos motivos. En tal caso, añade el artículo 1665, párrafo 3.º, la obra se considera aceptada.

El segundo caso de aceptación presunta, tiene lugar cuando el comitente, después de haber ejecutado la verificación, no comunica el resultado de la misma dentro de una breve plazo al contratista.

En cuanto a su fundamento, tanto esta presunción como la precedente implican una sanción por la mora del comitente: no sólo en el proceder a la verificación, sino en comunicar los resultados.

De la interpretación gramatical de la norma se deduce que para la presunción de aceptación no basta la falta de comunicación dentro de un breve plazo, sino también que el contratista haya invitado previamente al comitente: Si el comitente omite proceder a la verificación sin justos motivos, no obstante la invitación hecha por el contratista, o no comunica el resultado... (art. 1665, párrafo 3.º).

La aceptación produce importantes efectos jurídicos:

En primer lugar, la aceptación libera al contratista de toda responsabilidad por los vicios aparentes, salvo los que hayan sido callados de mala fe, subsistiendo sólo la responsabilidad por los vicios ocultos (art. 1667, párrafo 1.º del Código civil).

En segundo lugar, hace surgir en el comitente el derecho a la entrega de la obra, si ésta no se encuentra ya en su posesión.

En tercer lugar, la aceptación determina el pase del riesgo y peligro al comitente (art. 1673 del Código civil).

Todos estos efectos se producen cualquiera que sea la forma de la aceptación: expresa, tácita o presunta.

Entre los posibles efectos de la aceptación puede citarse también el del paso de la propiedad de la obra del contratista al comitente.

Al respecto hay que hacer algunas distinciones. En principio hay que partir de un criterio general: los principios de la accesión (arts. 934 y siguientes del Código civil) sólo son aplicables en cuanto no contradigan las características y las exigencias de la relación que deriva del contrato de obra por empresa.

La disciplina legislativa de la accesión presupone que entre los dos sujetos, entre los cuales viene regulada la cuestión de la propiedad, no preexiste una relación jurídica, y mucho menos, una relación contractual. Sin embargo, en nuestro caso preexiste una relación contractual.

En primer lugar hay que referise al momento de la adquisición en los contratos de obra por empresa de construcción de cosas muebles con materiales suministrados por el contratista.

Según algunos autores⁵⁷, en tal caso la obra surge directamente como propiedad del comitente. Tal teoría alude a una adquisición a título originario, y excluye que la obra pueda ser en cualquier momento anterior, aunque sea por breve tiempo, propiedad del contratista.

Rubino⁵⁸ considera esta teoría inaceptable. El contratista ejecuta la obra en interés del comitente, ya que la obra es destinada al comitente; pero no se puede admitir que la obra pase automáticamente a propiedad del comitente. En el contrato de obra por empresa, un momento esencial es el constituido por la aceptación final de la obra. En la hipótesis considerada, la obra nace de propiedad del contratista, y sólo con la aceptación pasa a ser propiedad del comitente. Esto es confirmado por lo dispuesto en el artículo 1673, párrafo 1.º del Código civil, según el cual, hasta el momento de la aceptación la obra permanece a riesgo y peligro del contratista, no sólo por el trabajo, sino también por la materia que él ha suministrado: esta norma se concilia mal con la teoría según la cual la propiedad es adquirida por el comitente antes de la aceptación.

Así pues, la propiedad de la cosa es adquirida en un primer momento, a título originario, por el contratista. Sucesivamente, la cosa es transferida al comitente, que la adquiere a título derivativo; más concretamente, su título de adquisición está constituido por el contrato de obra por empresa.

Una vez puesto en claro que la adquisición del comitente es derivativa, la sucesiva aceptación final de la obra y la naturaleza negocial de ésta, no impiden que el título de adquisición sea siempre el originario contrato de obra por empresa.

Con la aceptación, el comitente adquiere la propiedad de la obra.

A continuación Rubino⁵⁹ se refiere al momento de la adquisición en los contratos de obra por empresa de construcción de cosas muebles con materiales suministrados por el comitente e infungibles.

⁵⁷ Amplia información por RUBINO, «L'appalto», cit., p. 806, nota 1.

⁵⁸ RUBINO, «L'appalto», cit., p. 806.

⁵⁹ RUBINO, «L'appalto», cit., p. 808.

Como regla, en tal caso los materiales son de propiedad del comitente. Por ello la obra nace de propiedad del comitente.

No puede objetarse que el artífice, en un primer momento, hace propia la obra, por virtud de la especificación (art. 940 del Código civil); sin embargo, los principios de la accesión sólo pueden ser aplicados en cuanto no contradigan la particular situación propia de la relación del contrato de obra por empresa. Esta teoría es confirmada por el artículo 1673, párrafo 2.º, según el cual, si la materia es suministrada en todo o en parte por el comitente, el perecimiento o el deterioro de la obra es a su cargo en lo que concierne a la materia por él suministrada, aunque tenga lugar antes de la aceptación.

Así pues, ni en el momento de la terminación de la obra, ni en el de la aceptación, ni en el de la entrega, se produce un pase de la propiedad de la obra del contratista al comitente, siendo la obra surgida ya de propiedad de este último. La propiedad de la obra es adquirida, a título originario, y automáticamente, en el momento mismo en que la obra es ultimada, y automáticamente sustituye, en el patrimonio del comitente, la propiedad de los materiales.

Es cierto que en favor del contratista está el hecho del trabajo por él prestado, pero por la economía de la disciplina de todo el fenómeno parece preferible entender que la obra nace directamente de propiedad del comitente.

Cuando los materiales son fungibles, por lo que respecta a la propiedad de la obra, la hipótesis ha de ser tratada como aquélla en que los materiales son suministrados por el contratista: la obra nace de propiedad del contratista, y sólo con la aceptación se traspasa al comitente. Hay que tener en cuenta que a esta hipótesis no se refiere el artículo 1673, párrafo 2.º del Código civil.

Rubino⁶⁰ se refiere por último a la propiedad de la obra en los contratos de obra por empresa inmobiliarios.

En la construcción de inmuebles, casi siempre el suelo pertenece al comitente. En tal caso, si los materiales son suministrados por el contratista, la obra nace directamente de propiedad del comitente. Esta opinión fue ampliamente defendida en la época del Código civil de 1865 y es la más admitida bajo el imperio del Código civil vigente. El comitente adquiere la titularidad por accesión y, por ello, a título originario, a medida que los materiales van incorporándose al suelo (artículo 934 del Código civil). Que los principios de la accesión puedan ser aplicados se debe a que no contradicen a la relación de contrato de obra por empresa. Ciertamente, es precisa

⁶⁰ RUBINO, «L'appalto», cit., p. 811.

la aceptación del comitente, pero no a efecto de la adquisición de la propiedad, sino sólo a efectos de la responsabilidad del contratista por los vicios o deformidad de la obra.

Con mayor motivo, la obra nace de propiedad del comitente si éste ha suministrado también los materiales.

Únicamente dos excepciones subsisten a esta regla. La primera tiene lugar cuando el suelo es del contratista, en cuanto que era propietario ya antes de la conclusión del contrato de obra por empresa.

La propiedad del suelo no pasa al comitente con la pura y simple conclusión del contrato, sino que pertenece al contratista: cuando la construcción nace directamente de propiedad del contratista, tanto la misma como el suelo pasan en propiedad al comitente sólo con la aceptación final de la obra.

La segunda excepción tiene lugar en los rarísimos casos en que, debiéndose adquirir el suelo, que era propiedad de un tercero, se ha dado al contratista el encargo de adquirirlo, pero en nombre del comitente, esto es, con un mandato sin representación. En estos casos, el contratista-mandatario debe transferir a su vez, en el sentido del artículo 1706, párrafo 2.º del Código civil, el suelo adquirido al mandante (*rectius*: al comitente).

En el supuesto en construcción sobre suelo de otro, también si el comitente no es propietario del suelo, la construcción pertenece igualmente al propietario del suelo, por accesión (art. 934 del Código civil).

Como observa Rubino⁶¹, el contratista tiene el deber de entregar la obra. Esta obligación, aunque accesoria de la de ejecutar la obra, se presenta estructuralmente como una obligación autónoma. Para establecer la diferencia basta con observar que, mientras que la obligación de ejecutar la obra es una obligación de hacer, la otra es, por definición, una obligación de entregar.

En virtud del artículo 1177 del Código civil, el contratista, después de ultimada la obra y hasta que no lleve a cabo materialmente la entrega, tiene el deber de custodiar la obra. Esto tanto si la obra ha sido ya aceptada, como si no lo ha sido todavía.

Al contratista no le está permitido usar y gozar de la cosa.

En base a los principios generales, la entrega puede ser efectiva, ficticia y simbólica, y puede llevarse a cabo por todos los modos a través de los cuales puede cumplirse una atribución de posesión.

La entrega puede ser hecha también a un representante autorizado por el comitente.

⁶¹ RUBINO, «L'appalto», cit., pp. 819 ss.

Como regla, los gastos necesarios para la entrega son a cargo del contratista. Pero cabe el pacto de que se adosen al comitente o repartirlos.

En caso de silencio del contrato, el comitente sólo puede pretender la entrega después de ser aceptada la obra. Apenas que tiene lugar la aceptación, puede exigir la entrega. Sin embargo, las partes pueden en virtud de una cláusula en el contrato de obra por empresa o con pacto añadido, regular de manera diversa este punto. Así, por ejemplo, pueden establecer que la entrega tenga lugar antes de la verificación. En sentido opuesto, las partes pueden también establecer que la entrega deba tener lugar cierto tiempo después de la aceptación. A tal fin puede fijarse un término preciso.

En cuanto al lugar de la entrega, si se trata de inmuebles, la entrega debe como regla llevarse a cabo en el lugar donde está situado el inmueble. Este es el único lugar donde es posible la entrega real. Pero las partes pueden también acordar una entrega simbólica o una entrega ficticia; y éstas pueden tener lugar en cualquier otro lugar designado por las mismas partes.

Si se trata de la construcción de cosa mueble, y ni el contrato ni los usos dan particulares indicaciones al respecto, la entrega ha de llevarse a cabo en el domicilio del deudor, esto es, el contratista (art. 1182, último párrafo del Código civil).

La mora del comitente en recibir la entrega es diversa de la mora en ejecutar la verificación. La mora en recibir la entrega presupone que ya ha tenido lugar la aceptación (expresa, tácita o presunta), porque sólo después de aceptada la obra el comitente puede ser obligado a recibir la entrega.

Giannattasio⁶² observa que los artículos 1665 y 1666 del Código civil regulan detalladamente la verificación de la obra.

La verificación es la inspección material de la obra y consiste en una operación eminentemente técnica.

Después de haber previsto que el comitente, antes de recibir la obra, tiene derecho a verificarla o hacerla verificar por técnicos de su confianza, la ley determina el momento en el cual la verificación debe ser hecha y las consecuencias de su omisión.

La ley establece que la verificación debe ser hecha por el comitente apenas el contratista le pone en condiciones de poder ejecutarla (art. 1665, párrafo 2.º del Código civil). Pero es el contratista quien tiene la carga de poner al comitente en condiciones de poderla llevar a cabo, por lo que, una vez ultimada la obra, el mismo está

⁶² GIANNATTASIO, «L'appalto», en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Cicu y Messineo, continuado por Mengoni, XXIV-2, Milano, 1977, pp. 268 ss.

obligado a advertir al comitente para que proceda a la verificación dentro de un período razonable de tiempo.

Sólo cuando el estado de inercia del comitente, después de haber recibido la invitación del contratista, se prolonga por un tiempo que no encuentra una justificación plausible, surge la presunción de aceptación.

La mora del comitente en verificar la obra determina el paso a cargo del comitente del riesgo y peligro de perecimiento o de deterioro de la obra misma (art. 1673, párrafo primero del Código civil).

La verificación ha de ser realizada, cuando se trate de un inmueble, en el lugar donde éste ha sido construido. Sin embargo, si se trata de cosa mueble, hay que tener en cuenta lo que se ha establecido en el contrato, en el cual generalmente se establece que la verificación sea realizada en el domicilio del comitente; a falta de pacto, el lugar más indicado para la verificación es aquél donde el trabajo ha sido realizado, pero nada prohíbe que se cumpla en otro, siempre que la pretensión del comitente, en la elección del lugar, no implique una inútil agravación de gastos para el contratista.

Nada dispone la ley sobre los gastos de la verificación, pero corresponden al comitente tales gastos. Así el comitente deberá soportar los gastos de transporte y sobre todo deberá recompensar al técnico encargado, en su interés, del control de los trabajos.

Las modalidades de ejecución de la verificación varían según la naturaleza de la obra, de acuerdo con lo convenido por las partes y en armonía con lo que prescriben las reglas del arte.

El artículo 1666, párrafo 1.^º del Código civil regula la verificación de la obra por partes.

La comunicación que el comitente debe dar al contratista del resultado de la verificación debe realizarse dentro de un breve plazo, pero no requiere una forma especial y puede ser hecha incluso verbalmente. La brevedad del plazo tiene un doble fin: si la comunicación niega que la ejecución de la obra se ha realizado según las reglas del arte y de acuerdo con los pactos convenidos, el contratista tendrá la posibilidad de llevar a cabo sus justificaciones y aportar las correcciones y las modificaciones que sean también posibles; si la comunicación es positiva, y no va acompañada de alguna reserva, el contratista podrá pretender el pago.

No se puede establecer con carácter general cuando el plazo debe considerarse breve y cuando debe reputarse excesivo. Corresponde al juez, de acuerdo con su criterio discrecional, determinar, caso por caso, la adecuación del plazo, teniendo en cuenta la importancia y la complejidad de la obra.

Según Giannattasio⁶³, la aceptación es un negocio unilateral recepticio, por el cual el comitente declara al contratista que quiere acoger la prestación, que puede ser dirigida directamente al comitente o a su representante debidamente autorizado. La aceptación adquiere eficacia al ser puesta en conocimiento del contratista.

La aceptación de la obra no requiere ningún requisito particular de forma, por lo que puede ser expresa, tácita o presunta.

La aceptación expresa tiene lugar cuando el comitente manifiesta la voluntad de hacerse cargo de la obra, sirviéndose de cualquier medio de comunicación, esto es, por escrito o de palabra, y esta última puede transmitirla a través de un medio mecánico, como el teléfono.

La aceptación tácita o por *facta concludentia* tiene lugar cuando el comitente, o su representante a tal fin autorizado, cumple un acto o más actos que presuponen necesariamente su voluntad de aceptar la obra y que son incompatibles con la voluntad de no aceptarla o de aceptarla condicionalmente.

La propia ley suministra ejemplos de aceptación tácita de la obra. Según el artículo 1665, párrafo cuarto del Código civil, si el comitente recibe sin reservas la entrega de la obra, ésta se considera aceptada, aunque no se haya procedido a la verificación. El recibimiento sin reserva de la obra comporta la renuncia al derecho de verificación reconocido al comitente, independientemente de las razones por las que la verificación no haya sido realizada y liberación del contratista de la garantía por los defectos no ocultos (art. 1667, párrafo primero del Código civil). Tal aceptación tácita implica que precluya toda posibilidad de hacer valer, en vía de acción como en vía de excepción, la eventual deformidad y los vicios de la obra, siempre que sean reconocibles.

La ley contempla tres hipótesis de aceptación presunta. Dos hipótesis son las del artículo 1665, párrafo 3.^o del Código civil, el cual dispone que si no obstante la invitación del contratista, el comitente omite proceder a la verificación sin justos motivos, o no comunica el resultado al contratista en un breve plazo, la obra se considera aceptada. La tercera hipótesis es la contemplada en el segundo párrafo del artículo 1666 del Código civil, según el cual si se trata de obras a ejecutar por partes, el pago integral (no la entrega de simples pagos a cuenta) hace presumir la aceptación de la parte de la obra pagada.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1666 del Código civil, la presunción opera sólo si el pago tiene lugar después de la

⁶³ GIANNATTASIO, «L'appalto», cit., pp. 278 ss.

verificación: si ésta no ha tenido lugar, el pago ha de considerarse como simple pago a cuenta, que no produce el efecto de la aceptación de la parte de obra pagada.

La aceptación, expresa, tácita o presunta, es irrevocable.

La aceptación sin reserva determina que el contratista queda liberado de los vicios conocidos por el comitente o que le eran reconocibles, salvo que no fueran comunicados de mala fe por el contratista (art. 1667, párrafo primero del Código civil).

El riesgo y peligro pasa del contratista al comitente con la aceptación.

Una cuestión debatida es la de la transmisión de la propiedad de la obra.

La transmisión de la propiedad de la obra del contratista al comitente es uno de los posibles efectos de la aceptación.

El problema no puede ser examinado globalmente, sino que ha de ser estudiado con específica referencia al objeto del contrato de obra por empresa. Hay que hacer una fundamental distinción entre los contratos de obra por empresa mobiliarios e inmobiliarios.

En los contratos de obra por empresa mobiliarios, en los cuales los materiales son suministrados por el contratista, totalmente o en la parte principal, la obra en curso de elaboración, hasta que no tenga lugar la entrega, permanece como propiedad del contratista.

La transmisión de la propiedad tiene lugar con la aceptación como se infiere del artículo 1673, párrafo primero del Código civil, que pone el perecimiento o deterioro de la cosa a cargo del contratista antes de que la misma sea aceptada.

El hecho de que el riesgo del perecimiento sea distribuido según la propiedad de la materia utilizada en la obra, demuestra que la vinculación entre propiedad y riesgo no es algo extraño a la *ratio legis*. Por consiguiente, la disciplina indicada armoniza con el presupuesto de que la propiedad de la *res nova*, formada con materiales del contratista, sólo pasa al comitente con la aceptación o con el comportamiento equivalente.

En el contrato de obra por empresa que tiene por objeto una cosa mueble, los materiales pueden ser suministrados totalmente o en la parte principal por el comitente. En tal caso la *res nova* surgida por efecto de la elaboración de la materia es adquirida a título originario por el comitente y también en esta hipótesis la solución encuentra la confirmación en el artículo 1673 del Código Civil a propósito del perecimiento y deterioro de la cosa, y precisamente en el segundo párrafo se establece que si la materia ha sido suministrada, totalmente o en parte, por el comitente, el perecimiento y el deterioro de la obra son a su cargo, por lo que respecta a la mate-

ria por él suministrada. Esto vale si la materia ha sido suministrada por el comitente en su totalidad o en su mayor parte; sin embargo, si el comitente ha suministrado sólo la parte menor (por cantidad y valor) de los materiales, mientras que todos los otros han sido suministrados por el contratista, por el principio de la prevalencia hay que tener en cuenta la hipótesis del material suministrado por el contratista, que adquiere la propiedad de la cosa, la cual sólo pasará al comitente con la aceptación.

En la construcción de inmueble en el suelo del comitente, éste deviene propietario del edificio aunque los materiales sean suministrados por el contratista en virtud de la norma del artículo 936 del Código civil. Los materiales suministrados por el contratista no pasan a ser propiedad del comitente en el acto de su suministro y medición, sino sólo a consecuencia de su incorporación a la obra construida.

En la hipótesis en que el suelo es del contratista o por él adquirido, el contratista, que ha suministrado también los materiales y el trabajo, es el adquirente originario de la propiedad de la obra, que pasa a propiedad del comitente sólo con la aceptación.

Giannattasio⁶⁴ observa que la última de las obligaciones, en el orden temporal, del contratista es la de entregar al comitente la obra ejecutada.

A diferencia de la obligación de ejecutar la obra, que tiene por contenido un *facere*, la obligación de entrega es una obligación de dar la *res nova*.

Transcurre un intervalo de tiempo entre el momento en que la obra es ultimada y aquel en que la obra es entregada al comitente. En este intervalo el contratista está obligado a la custodia de la cosa que ha de entregar, tratándose de cosa determinada.

Entre la terminación de la obra y la efectiva entrega, la cosa no debe sufrir deterioros, por lo que incumbe al contratista también el deber de mantenimiento ordinario y de ejecución de las reparaciones ordinarias y al mismo tiempo ha de inhibirse de usar y gozar de la cosa.

En el contrato de obra por empresa, la entrega puede ser efectiva, pero también simbólica, como, por ejemplo, la entrega de las llaves del edificio construido. La entrega ha de ser hecha al comitente o a la persona por él autorizada, como puede ser el director de los trabajos.

Estando el contratista obligado a la entrega, el mismo deberá soportar los gastos.

⁶⁴ GIANNATTASIO, «L'appalto», cit., pp. 284 ss.

De Simone⁶⁵ subraya que la verificación es calificada como el conjunto de operaciones materiales que tienen el fin de determinar si la obra ha sido bien ejecutada.

La verificación no sólo representa un derecho que la ley reconoce al comitente para constreñir al contratista a ejecutar la obra según las reglas del arte y de conformidad a las prestaciones contractuales, sino que constituye una carga (*onere*) para el comitente a fin de conservar la garantía por los vicios y las deformidades aparentes de la obra.

Las operaciones de verificación deben ser ejecutadas a cargo y por cuenta del comitente.

Se excluye que el contratista pueda constreñir al comitente a ejecutar la verificación, habiendo que tener en cuenta que aquél no tendrá interés, ya que opera a su favor siempre lo dispuesto en el párrafo 3.^º del artículo 1665, que prevé la hipótesis de aceptación presunta. El párrafo 2.^º establece, sin embargo, que el comitente debe proceder a la verificación tan pronto como el contratista le pone en condiciones de hacerlo. De aquí se obtiene la consecuencia de que el contratista tiene la carga de advertir al comitente de que ha tenido lugar la terminación de la obra, a fin de que se aplique lo dispuesto en el párrafo 3.^º del artículo 1665 (la aceptación presunta de la obra).

El contratista está obligado a no hacer nada que pueda impedir o entorpecer la verificación. Además, debe hacer accesible la obra, a fin de que el comitente se encuentre en condiciones idóneas para proceder a la verificación.

La verificación de la obra puede ser ejecutada personalmente por el comitente o por un técnico de su confianza, el cual asume en este caso el nombre de tercero verificador.

Como observa De Simone⁶⁶, la aceptación es el segundo momento de la fase final del cumplimiento de las obligaciones por el contratista. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en considerar que representa el negocio unilateral recepticio a través del cual el comitente manifiesta la voluntad de recibir la prestación debida.

La aceptación puede ser expresa, tácita y presunta. Si es expresa, tal declaración puede ser escrita u oral y puede prescindir de la ejecución de la verificación.

La aceptación tácita tiene lugar cuando el comitente o su representante llevan a cabo uno o más actos que presuponen necesaria-

⁶⁵ DE SIMONE, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri, Libro Quarto. Delle obbligazioni, tomo III. Artt. 1470-1059, Napoli-Roma, 1991, pp. 1.130 ss.

⁶⁶ DE SIMONE, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., pp. 1.132 ss.

mente la voluntad de aceptar la obra. Como caso típico de aceptación tácita se indica por la doctrina y la jurisprudencia el previsto por el párrafo 4.º del artículo 1665 del Código civil (si el comitente recibe sin reservas la entrega de la obra, ésta se considera aceptada, aunque no se haya procedido a la verificación). En la jurisprudencia se afirma que cuando el comitente, recibiendo en entrega la obra, deja a salvo sus derechos por vicios o deformidad, no se produce la aceptación tácita de la obra, y el contratista está obligado a la garantía por vicios y deformidad. Según la jurisprudencia, la simple toma de posesión de la cosa, agotándose en un hecho material que se actúa mediante la *traditio*, no equivale a la aceptación, debiéndose esta última realizar mediante un acto incompatible con la voluntad de no aceptar la obra o de aceptarla con reservas.

La aceptación sin reservas de la obra ejecutada hace venir a menos la garantía por vicios y deformidad (aparentes).

Tres son los casos de aceptación presunta establecidos por la ley. Dos son contemplados en el párrafo 3.º del artículo 1665. El primero de ellos tiene lugar cuando, no obstante la invitación hecha por el contratista, el comitente omite proceder a la verificación sin un motivo justo. Se precisa también que la omisión por parte del comitente a la verificación de la obra determina la aceptación sólo cuando el comitente recibe sin reservas la entrega, reservas que han de considerarse incompatibles con la voluntad de aceptar la obra. El segundo caso tiene lugar cuando el comitente, después de haber ejecutado la verificación, no comunica el resultado de la misma en un breve plazo. Debido a que la ley no precisa la extensión temporal del término en el cual debe tener lugar la comunicación, corresponde al prudente arbitrio del juez valorar todas las circunstancias del caso concreto y los usos. La tercera hipótesis aparece contemplada en el artículo 1666, párrafo 3.º del Código civil, el cual, con respecto a las obras que han de ejecutarse por partes, dispone que el pago de una o más partes hace presumir la aceptación de la parte de obra pagada.

Con respecto a los efectos de la aceptación la doctrina y la jurisprudencia son concordes en señalar lo siguiente: 1.º) libera al contratista de toda responsabilidad por los vicios aparentes, salvo que los haya ocultado de mala fe, dejando subsistir únicamente la responsabilidad por vicios ocultos. En este sentido es muy claro el artículo 1667 del Código civil: el contratista está obligado a la garantía por la deformidad y los vicios de la obra. La garantía no es debida si el comitente ha aceptado la obra y la deformidad o los vicios eran para él conocidos o eran reconocibles, con tal que, en tal caso, no hayan sido ocultados de mala fe por el contratista;

2.º) hace surgir en el comitente el derecho a la entrega de la cosa; 3.º) determina el paso del riesgo del perecimiento o deterioro de la cosa al comitente; 4.º) hace exigible el precio debido por el contratista, salvo pacto o uso en contrario. Con respecto al pago del precio, el último párrafo del artículo 1665 del Código civil establece que el contratista puede exigirlo en el momento de la aceptación.

Otro posible efecto de la aceptación es la transmisión de la propiedad de la obra del contratista al comitente. Al respecto es necesario distinguir si se trata de contratos de obra por empresa mobiliarios o de contratos de obra por empresa inmobiliarios. En el primer caso, cuando los materiales son suministrados por el contratista, totalmente o en su mayor parte, la doctrina actual dominante, considera que la obra nace de propiedad del contratista y sólo con la aceptación pasa la propiedad del contratista al comitente. Para defender esta concepción se invoca lo dispuesto por el artículo 1673, párrafo 1.º, el cual establece que hasta el momento de la aceptación la obra permanece a riesgo y peligro del contratista. No surgen problemas cuando los materiales son suministrados por el comitente: la obra nace ya propiedad de éste. En el caso de los contratos de obra inmobiliarios es pacífico que si el suelo es propiedad del comitente, la obra viene realizada, nace, en virtud de los principios de la accesión, directamente de propiedad del comitente, incluso si los materiales son suministrados por el contratista.

De Simone⁶⁷ apunta que el momento último en la fase de cumplimiento del contrato de obra por empresa está constituido por la entrega de la obra. Se trata de una obligación accesoria respecto a la obligación principal de ejecutar la obra, pero se presenta, bajo el perfil estructural, como una obligación autónoma, en cuanto constituye una típica obligación de dar, mientras que la principal tiene por objeto un *facere*.

La obligación del contratista de entregar la obra, en base al principio general del artículo 1177 del Código civil, comporta también el deber de custodiarla hasta la entrega.

Para la entrega no se establecen particulares modalidades. La misma puede ser efectiva, ficticia o simbólica.

La entrega debe ser efectuada dentro del término convencionalmente fijado, o deducible de las circunstancias o de los usos. Una entrega tardía da lugar al resarcimiento del daño, incumbiendo al comitente la carga de probar que el retraso es imputable a la conducta culpable del contratista.

⁶⁷ DE SIMONE, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., pp. 1.135 ss.

3. Derecho alemán

En el Derecho alemán, de igual manera que acontece en el Derecho francés, existe una regulación general de la recepción de la obra en el marco del contrato de obra disciplinado por el Código civil (BGB); pero cuando se trata de un contrato de construcción (*Bauvertrag*) hay que tener en cuenta también lo que establece en Reglamento General de contratación para las prestaciones de construcción (*Verbindungsordnung für Bauleistungen*) (VOB-B), que se refiere a la construcción de edificios y, en general, obras inmobiliarias.

A) *La recepción de la obra en el BGB*

La recepción (*Abnahme*) es regulada en la normativa del BGB sobre el contrato de obra^{67 bis}.

El comitente está obligado a recibir la obra realizada conforme al contrato, siempre que la recepción no esté excluida por la naturaleza de la obra.

Si el comitente admite una obra viciada aunque conozca el vicio, sólo le corresponden las pretensiones señaladas en los párrafos 633 y 634 si se reserva sus derechos a causa del vicio en el momento de la recepción (par. 640 BGB).

Fundamentalmente, la pretensión a la supresión del vicio por el contratista en el plazo prudencial señalado por el comitente. Después del transcurso del plazo el comitente puede exigir la resolución del contrato (redhibición) o la reducción de la remuneración (reducción), si el vicio no ha sido suprimido a tiempo.

La redhibición está excluida si el vicio sólo disminuye escasamente el valor o la aptitud de la obra.

Cabe la recepción de la obra por partes (par. 641 BGB).

La remuneración ha de pagarse al tener lugar la recepción de la obra. Si la obra ha de recibirse en partes y la remuneración está señalada por cada parte, dicha remuneración ha de pagarse por cada parte al admitirla (par. 641 BGB).

El comitente ha de pagar intereses de una remuneración fijada en dinero desde el momento de la recepción de la obra, en tanto que la remuneración no esté aplazada.

A la recepción de la obra se anuda el comienzo de las pretensiones del comitente por los vicios de la obra (par. 638 BGB).

^{67 bis} Encontrándose en prensa este estudio monográfico se ha producido una importante reforma del Derecho de obligaciones alemán que afecta al contrato de obra. Vid. RÖTH, «Die Reform des Werkvertragsrechts», *JZ*, 2001, pp. 543 ss.

La pretensión del comitente a la supresión de un vicio de la obra, así como las pretensiones que le correspondan a causa de dicho vicio para la redhibición, reducción o indemnización de daños, prescriben, en tanto que el contratista no haya ocultado dolosamente el vicio, a los seis meses; tratándose de trabajos en una finca, al año; tratándose de trabajos de construcción, a los cinco años: la prescripción empieza con la recepción de la obra. El plazo de prescripción puede ser alargado por contrato.

El contratista soporta el riesgo hasta la recepción de la obra. Si el comitente incurre en mora en la recepción, el riesgo pasa a él (par. 644 BGB).

Si por la naturaleza de la obra está excluida la recepción, en los casos de los párrafos 638, 641, 644 y 645, se subroga en el lugar de la recepción la terminación de la obra (par. 646 BGB).

En base a esta normativa, la doctrina alemana ha configurado el régimen de la recepción de la obra, considerada fundamental para comprender el contrato de obra.

Enneccerus y Lehmann⁶⁸ afirman que el comitente está obligado a recibir y admitir la obra realizada conforme al contrato (par. 640 BGB).

Por recepción se entiende aquí no sólo la toma y retirada de la cosa como en la compraventa, sino además el reconocimiento de que se admite la obra como una prestación que en lo esencial está de acuerdo con el contrato, pues el párrafo 640 BGB habla de recibir la obra realizada conforme al contrato.

Si, como acontece en la mayoría de los casos, el comitente se encuentra ya en la posesión cuando se construye sobre su finca una casa o se hace una reparación en la misma, la recepción consiste sólo en reconocer que la obra realizada constituye cumplimiento en lo esencial.

Este concepto de recepción no es acogido por todos los autores. Dernburg entiende por recepción únicamente el traslado de hecho de la obra terminada al comitente y, por consiguiente, refiere la excepción a los casos en que el comitente se encuentra ya en la posesión. Pero en contra de esto, Enneccerus y Lehmann⁶⁹ señalan que el lenguaje corriente, el parecer de la Comisión (Prot. II, p. 317), la conexión histórica con la *aprobatio* romana (D. 19.2.24; D. 19.2.60) y, finalmente, el sentido literal del párrafo 640 BGB, y por cierto no sólo la expresión señalada en el texto «obra realizada

⁶⁸ ENNECCERUS y LEHMANN, «Derecho de obligaciones», en *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, volumen 2.º, Doctrina especial, primera parte. Traducción española de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Barcelona, 1966, pp. 530 ss.

⁶⁹ ENNECCERUS y LEHMANN, «Derecho de obligaciones», cit., p. 531.

conforme al contrato», sino también los términos de la excepción, pues sería sorprendente decir que cuando el comitente se encuentra ya en la posesión la recepción «por razón del carácter de la obra» está «excluida». Además es muy importante para el contratista que el comitente esté obligado (por lo regular) a la recepción en el sentido de reconocer el cumplimiento, pues sólo haciendo uso de este derecho (o poniendo en mora al comitente en cuanto a su deber de recibir la obra) puede evitar que ciertos vicios, que acaso hayan nacido posteriormente, se pongan a su cargo alegando que derivaban del trabajo defectuoso, lo cual es tanto más inconveniente para el contratista por cuanto se le impone la carga de la prueba de que la prestación es conforme al contrato.

La recepción como cumplimiento da lugar a que el comitente tenga que probar los vicios que alegue (par. 363 BGB). Además, tiene importancia para la prescripción de las pretensiones por razón de un vicio (par. 638 BGB), el vencimiento de la remuneración (par. 641 BGB), el riesgo (par. 644 y 645 BGB) y posiblemente para que se suponga la existencia de una renuncia a las pretensiones fundadas en los vicios. En efecto, si el comitente recibe la obra sin reserva alguna y con conocimiento de un defecto, ha de admitirse la existencia de una renuncia tácita a las pretensiones de subsanación, redhibición o reducción (par. 640 II BGB). Respecto a la pretensión de indemnización no se establece esta presunción y, por tanto, sólo hay que admitirla cuando la voluntad de renunciar se desprenda de la recepción y de las circunstancias que la acompañan.

No hay que equiparar el conocimiento del vicio con el conocimiento de la apariencia exterior; es necesario el conocimiento de la importancia del vicio (RG 149, 40).

Si a pesar de habersele ofrecido la obra realizada, el comitente no la admite, incurre no sólo en *mora accipiendo* sino también en *mora debendi* respecto de su deber de admisión. Pero, como quiera que esta *mora debendi* no afecta a la obligación principal, no puede fundarse sobre ella un derecho de resolución ni un derecho a exigir indemnización por incumplimiento rechazando la prestación. En contra Planck, fundándose en que el deber de recepción en el contrato de obra es una obligación principal. Para Enneccerus y Lehmann⁷⁰ es difícilmente acertada esta opinión, pues la obra no se promete ni siquiera en parte a cambio de su recepción o admisión, sino exclusivamente a cambio de la remuneración.

⁷⁰ ENNECCERUS y LEHMANN, «Derecho de obligaciones», cit., p. 532, nota 3.

El contratista soporta el riesgo hasta la recepción de la obra (par. 644 I BGB), es decir, que si la obra perece sin culpa de ninguna de las partes, no está sujeto a indemnizar, pero pierde la pretensión de que se le remunere (*Preisgefahr*). Si dada la naturaleza de la obra, se excluye la recepción de la misma, el riesgo se transfiere al comitente en el momento de la terminación de la obra (par. 646 BGB).

Leonhard⁷¹ considera que el comitente está obligado a la recepción de la obra que es ejecutada conforme al contrato (par. 640 BGB).

Hay que entender que no es lo mismo la recepción en el contrato de obra que en la compraventa. Aquí significa sólo el recibir la cosa. No comprende una declaración sobre la exactitud de la prestación en sí misma considerada, ya que no es más que el puro hecho de la toma de posesión de la obra. Sin embargo, la ley en el contrato de obra (par. 640 BGB) se refiere expresamente a la ejecución de la obra conforme al contrato, en línea con la historia y la necesidad práctica. El contratista tiene un justo interés en que la contraparte (el comitente) examine pronto su trabajo y lo apruebe. En la compraventa este interés no es igual de intenso.

El contratista puede, si su prestación es conforme al contrato, demandar (judicialmente incluso) la recepción. Además incurre el comitente, que incumple culpablemente este deber, no sólo en *mora creditoris* sino también en *mora debitoris* y por ello ha de indemnizar de daños y perjuicios (al contratista). Sólo el derecho de resolución según los párrafos 325 y 326 del BGB es negado. La recepción influye en la carga de la prueba (par. 363 BGB: si el acreedor ha aceptado como pago una prestación a él ofrecida como tal pago, le incumbe la carga de la prueba si no quiere que la prestación valga como cumplimiento porque es distinta de la prestación debida o porque es incompleta). La recepción de la obra determina la obligación de pagar el precio (par. 641 BGB). El riesgo se transmite con ella (par. 644 BGB). Con la recepción comienza el plazo de prescripción (par. 638 BGB).

Ludwig y Ludwig⁷² señalan que la recepción de la obra es una obligación principal (*Haupverpflichtung*), que según el par. 888 ZPO es ejecutable.

Las consecuencias de la recepción de la obra son el comienzo de los plazos de prescripción (par. 638 BGB), la traslación del ries-

⁷¹ LEONHARD, *Besonderes Schuldrecht des BGB*, München y Leipzig, 1931, pp. 227 ss.

⁷² LUDWIG y LUDWIG, *Das Bauverge. Vertragsrecht und Haftung. Kommentar*, Köln-Berlín, 1960, pp. 108 ss.

go (par. 644 BGB), el vencimiento de la remuneración como del deber de pagar los intereses (par. 641 BGB) y la inversión de la carga de la prueba (par. 363 BGB).

El conocimiento de un vicio sólo se produce por el positivo conocimiento de su existencia, no viniendo al caso el puro deber de conocer. La carga de la prueba del conocimiento del vicio (por el comitente) recae sobre el contratista; la de la reserva recae sobre el comitente.

Ballerstedt⁷³ señala que los deberes principales (*Hauptpflichten*) del comitente son el pago del precio acordado y la recepción de la obra realizada (par. 640 BGB).

Así pues, el deber a la recepción de la obra realizada es un deber principal. De la recepción de la obra derivan importantes consecuencias jurídicas: vencimiento del pago de la obra, parágrafo 641 BGB; inversión de la carga de la prueba, parágrafo 363 BGB; comienzo de la prescripción, parágrafo 638 BGB; si el comitente recibe una obra viciada aunque conozca el vicio, sólo le corresponden las pretensiones de supresión del vicio, redhibición o reducción (par. 633 y 634 BGB) si se reserva sus derechos a causa del vicio en el momento de la recepción (par. 640 II BGB); traspaso del riesgo (par. 644 y 645 BGB).

El comitente está obligado como el comprador al examen y control de la obra, pero la ley establece en el parágrafo 640 II BGB una carga (*Obliegenheit*) del comitente de reservar sus derechos por los vicios conocidos en la recepción de la obra. Decae su pretensión a la supresión, redhibición o reducción (par. 633 y 634 BGB), pero no a la indemnización de daños y perjuicios (par. 635 BGB). Por tanto, conserva el comitente en caso de recepción sin reservas a pesar del conocimiento del vicio la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

El deber de recepción de la obra es un deber principal (*Hauptpflicht*) del comitente, cuyo injustificado incumplimiento por el contratista puede justificar la aplicación del parágrafo 326 BGB.

Se discute el concepto de recepción de la obra. Algunos autores la conciben como una aprehensión material de la obra, entendiéndose como un cambio posesorio (*Besitzanderung*) (Titze; Siber; Hellmann; Heck; Manigk; Jacobi), y otros la configuran, en cambio, como una aceptación que implica la aprobación (*Billigung*) de la obra. La jurisprudencia y la opinión dominante entienden que la recepción de la obra implica la toma de posesión material de la cosa

⁷³ BALLERSTEDT, «Schuldrecht», II-3, en SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Stuttgart-Berlín-Köln-Mainz, 1967, pp. 297 ss.

unida a la declaración del comitente reconociendo que existe un cumplimiento que se aviene en lo esencial al contrato.

Es posible la recepción parcial de la obra, que es relevante para el comienzo del plazo de prescripción, parágrafo 638 BGB, para el vencimiento de la correspondiente parte de la remuneración, parágrafo 641 BGB, y para la transferencia del riesgo, parágrafo 644 BGB.

La recepción de la obra puede ser rehusada por vicios que no sean importantes, siempre que con ello no se produzca una contravención de la buena fe.

Con el rehuso de la recepción incurre el comitente en mora del acreedor, lo mismo que cuando la recepción tiene lugar con reservas infundadas. El contratista puede demandar la recepción y el pago. Pero él debe probar que ha cumplido.

Conocer el vicio no es lo mismo que deber conocer que existe.

A pesar del conocimiento y sin reservas del vicio en la recepción de la obra existe la pretensión de indemnización de daños y perjuicios (par. 635 BGB).

El contratista debe probar que el comitente tenía conocimiento del vicio. El comitente debe probar la reserva.

La obligación del comitente de pagar el precio surge al recibir la obra (par. 641 BGB).

El contratista soporta el riesgo hasta la recepción de la obra (par. 644 BGB). La ley sitúa como punto temporal la recepción de la obra, porque con ella el deber de prestación del contratista se concreta en la obra producida. En los casos del parágrafo 646 BGB este punto temporal es la terminación de la obra. El parágrafo 646 BGB dispone que si por la naturaleza de la obra está excluida la recepción, se subroga en el lugar de la recepción la terminación de la obra.

Herding y Schmalzl⁷⁴ puntualizan que la recepción del parágrafo 640 BGB no sólo significa que el dueño de la obra recibe la obra material ofrecida como acabada, sino que comprende a la vez la aceptación como cumplimiento del contrato; el dueño de la obra manifiesta con la recepción expresa o tácitamente que la obra es en lo esencial conforme al contrato.

La recepción de la obra es determinante para la prescripción de las pretensiones de supresión de los vicios y de saneamiento (de garantía) (par. 638 BGB), para el vencimiento de la remuneración (par. 641 BGB) y para determinar quien soporta el riesgo (par. 644 y 645 BGB); también la carga de la prueba para las pretensiones de

⁷⁴ HERDING y SCHMALZL, *Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen*, München y Berlín, 1967, pp. 435 ss.

supresión de los vicios y de saneamiento se determina según el parágrafo 363 BGB en virtud de la recepción.

El comitente de la obra debe alegar su reclamación por vicios en tiempo oportuno. Si él conoce el vicio y recibe la obra a pesar de ello, debe reservar sus derechos a la supresión, resolución o reducción so pena de perderlos (par. 640 II BGB); para la pretensión de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del parágrafo 635 BGB no necesita ninguna reserva.

La recepción de la obra es una declaración de voluntad negocial.

Según Emmerich⁷⁵, el comitente asume dos deberes de prestación principales (*Hauptleistungspflichten*), a saber, la obligación al pago del precio acordado (par. 631 y 632 BGB) y el deber a la recepción de la obra realizada conforme al contrato (par. 640 BGB).

La recepción de la obra tiene una importancia fundamental para el desarrollo del contrato de obra.

En cuanto a los efectos de la recepción de la obra, en caso de conocimiento de los vicios si el comitente admite una obra viciada sólo le corresponde después de la recepción la pretensión de indemnización de daños y perjuicios del parágrafo 635 BGB (par. 640 II BGB). Además, corren desde la recepción los cortos plazos de prescripción del parágrafo 638 BGB; finalmente vence con ella (la recepción) la contraprestación (el precio) del comitente (par. 641 BGB) y pasan al comitente los riesgos (par. 644 I BGB).

La recepción de la obra comprende la toma de posesión material de la obra unida a la declaración por la que el comitente reconoce que la obra es en lo esencial conforme al contrato.

Esser⁷⁶ entiende que el comitente está obligado a recibir la obra realizada conforme al contrato (par. 640 I BGB).

La recepción de la obra comprende dos cosas distintas: la toma de posesión material de una obra y la declaración de recepción de la obra ofrecida como prestación terminada conforme al contrato.

Esta doble naturaleza de la recepción de la obra es hoy en día generalmente reconocida. La interpretación de Heck, que sólo ve en ella un cambio en la posesión y el riesgo, no es admitida. La doble función de la recepción de la obra determina que exista un auténtico «deber del acreedor»; pero no se trata de un deber principal (*Hauptpflicht*). Su rehusé no provoca las sanciones de la resolución o el rechazo de la prestación retrasada e indemnización de daños y perjuicios. Más bien fundamenta, además de las conse-

⁷⁵ EMMERICH, *BGB-Schuldrecht. Besonderer Teil*, Karlsruhe y Heidelberg, 1976, p. 71.

⁷⁶ ESSER, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1971, pp. 168 ss.

cuencias de la mora del acreedor, sólo la pretensión del contratista al pago contra la aceptación de la obra. Además, el contratista soporta el riesgo del precio hasta la recepción de la obra o la mora del comitente.

Con mayor detalle, Esser y Weyers⁷⁷ puntualizan que a tenor del parágrafo 640 BGB, el comitente está obligado a recibir la obra ejecutada conforme al contrato. A la recepción (*Abnahme*) anudan la ley y la jurisprudencia importantes consecuencias: el vencimiento de la remuneración (par. 641 I BGB), al que se vincula el deber de pagar intereses de una remuneración fijada en dinero desde el momento de la recepción, en tanto que la remuneración no esté pagada (par. 641 II BGB) y el comienzo de la prescripción de la pretensión de remuneración (par. 198 BGB), el traslado del riesgo (par. 644 BGB), la restricción de la pretensión de cumplimiento a la supresión del vicio (a la obra correctora), la inversión de la carga de la prueba con relación a los vicios (par. 363 BGB), el comienzo de los plazos de la pretensión de garantía (saneamiento) (par. 638 BGB) y la pérdida de derechos por falta de reserva (par. 640 II BGB).

Según la opinión dominante, pertenece a la recepción siempre la declaración de que la obra es reconocida en lo esencial como prestación conforme al contrato, y además en las prestaciones de obra corporales generalmente el recibo (la toma de posesión) por el comitente. El mismo puede ser excluido, cuando el comitente ha tomado posesión del objeto de la obra (reparación en la casa del comitente).

Esser y Weyers⁷⁸ se refieren al deber de recepción (*Abnahmepflicht*). La circunstancia de que el comitente, de acuerdo con el parágrafo 640 BGB, esté obligado a la recepción de la obra, se infiere en primer lugar de los materiales legislativos (Mot. II, 490) y sobre todo del hecho de que el comitente, de manera análoga que en la compraventa, está obligado a tomar posesión de la cosa corporal ofrecida por el contratista si es conforme al contrato.

Según la opinión dominante, la probación (*Billigung*) aparece como el otro elemento de la recepción de la obra, siendo objeto de una auténtica obligación, no sólo ha de ser considerada como una carga (*Obliegenheit*).

En todo caso, es inoportuna su incardinación en el marco de los deberes de prestación principales de carácter sinalagmático. El interés del contratista en la aprobación no es tan grande como en otros

⁷⁷ ESSER y WEYERS, *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, Heidelberg, 1991, pp. 282 ss.

⁷⁸ ESSER y WEYERS, *Schuldrecht*, II, cit., p. 284.

supuestos de cumplimiento. Atendiendo a las consecuencias jurídicas existe cumplimiento o mora del acreedor (*Annahmeverzug*).

Seiler⁷⁹ observa que la recepción tiene una grandísima importancia en el contrato de obra, porque de ella dependen consecuencias jurídicas esenciales para el desarrollo del contrato de obra. Estas consecuencias son las siguientes: con la recepción de la obra vence la pretensión de remuneración (par. 641 BGB); con la recepción de la obra se transmite el riesgo al comitente (par. 644 y 645 BGB); cuando el comitente recibe una obra viciada conociendo el vicio pierde el derecho al saneamiento (*Gewährleistung*), salvo que reserve sus derechos a causa del vicio en el momento de la recepción (par. 640 II BGB); lo mismo acontece en relación con la cláusula penal (par. 341 III BGB: si el comitente acepta la obra, sólo puede exigir la pena convencional si se reserva el derecho a ello en la recepción); con la recepción de la obra comienza la prescripción de las pretensiones por vicios (par. 638 BGB); cuando el comitente procede a la recepción de la obra, le incumbe la carga de la prueba si no quiere que la prestación valga como cumplimiento porque es distinta de la prestación debida (par. 363 BGB).

Según los materiales del BGB, la recepción en la normativa del contrato de obra es diferente a la de compraventa. Se refiere al reconocimiento de la realización de la obra conforme al contrato (Prot. p. 2.218).

Una antigua opinión minoritaria (sobre todo Heck, *SchuldR.* p. 349) considera que la recepción en el contrato de obra se agota cuando tiene lugar la toma material de la obra. Numerosos autores y la jurisprudencia estiman que la recepción de la obra tiene un doble contenido: la toma de posesión material de la obra unida a la declaración del comitente por la que reconoce la prestación como un cumplimiento en lo esencial conforme al contrato. Si una toma de posesión material no es posible, porque la obra se encuentra ya en posesión del comitente, se limita la recepción a la declaración del reconocimiento, que también puede ser emitida tácitamente o a través de una conducta concluyente.

Se plantean dificultades en la práctica cuando falta una declaración expresa. La recepción de la obra puede ser inferida cuando se paga el precio de la obra ejecutada sin hacerse reservas; la utilización de la obra como punto de partida para la recepción puede resultar dudosa.

⁷⁹ SEILER, en ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Münster, 1981, pp. 1.694 ss.

La recepción de la obra no tiene lugar si es excluida por la naturaleza de la obra. En tal caso ocupa su lugar la terminación de la obra (par. 646 BGB).

Por principio puede ser solicitada la recepción de la obra por el contratista después de su correcta terminación.

La recepción de la obra puede ser rehusada por vicios que no son importantes, si no existe una contravención de la buena fe.

La recepción de la obra no necesita estar unida a un examen (*Prüfung*), ya que el comitente no está obligado al examen de la obra con vicios (Mot. II 489; BGH, NJW 70, 421).

La mayoría de los autores considera que el deber a la recepción de la obra es un deber principal del comitente (*Hauptflicht*), de tal manera que si es rehusada por el comitente corresponden al contratista los derechos del parágrafo 326 BGB. En otro sentido, se pronuncian algunos autores, puesto que la obra no es prometida para la recepción, sino únicamente para la remuneración. Es inoportuna una ordenación bajo los deberes de prestación principales sinalagmáticos (*die synallagmatischen Hauptleistungspflichten*)⁸⁰.

Se produce la pérdida de los derechos por vicios de los párrafos 633 y 634 en el supuesto de recepción sin reserva a pesar del conocimiento de los vicios, parágrafo 640 BGB.

Conocimiento significa conocimiento positivo, no deber conocer.

Según la opinión dominante, el parágrafo 640 II BGB no se extiende a la pretensión de indemnización de daños y perjuicios del parágrafo 635 BGB.

El vencimiento de la pretensión de remuneración tiene lugar cuando se acuerda por las partes del contrato (par. 271 BGB). A falta de acuerdo, la remuneración vence al producirse la recepción de la obra según el parágrafo 641 I BGB. Si la recepción es excluida según la naturaleza de la obra, ocupa el lugar de la recepción la terminación de la obra a tenor del parágrafo 646 BGB.

La recepción parcial puede ser acordada (par. 641 I BGB). Existe una pretensión al pago de la remuneración parcial cuando existe una recepción parcial.

El contratista soporta el riesgo hasta la recepción de la obra.

Según Thomas⁸¹, la recepción es un deber de prestación principal del comitente. Por ello, en caso de mora (en la recepción) o incumplimiento (de la recepción) rigen el parágrafo 644 I 2 y las disposiciones generales, especialmente el parágrafo 326 BGB.

⁸⁰ ESSER y WEYERS, *Schuldrecht*, II, cit., p. 284.

⁸¹ THOMAS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, p. 672.

En caso de mora del comitente en la recepción de la obra, el riesgo pasa al mismo. Por ello el contratista no es responsable de la pérdida fortuita o de un menoscabo fortuito del material suministrado por el comitente (par. 644 BGB).

Thomas⁸² sigue el criterio de la doctrina dominante a la hora de definir la recepción de la obra. El comitente reconoce que la obra ejecutada es conforme al contrato.

Los efectos de la recepción se concretan en el comienzo del plazo de prescripción (par. 638 BGB), el traspaso del riesgo (par. 644 y 645 BGB) y el pago del precio (vencimiento) (par. 641 BGB).

Cuando tiene lugar la recepción de la obra sin reservas a pesar del conocimiento del vicio, se produce la pérdida por el comitente de las pretensiones de los párrafos 633 y 634 BGB. Así se infiere del párrafo 640 BGB. Conserva, sin embargo, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios a la que se refiere el párrafo 635 BGB.

Larenz⁸³ señala que el comitente ha de pagar la remuneración debida en el momento de la recepción de la obra (*Abnahme Werkes*).

Si la obra ha de recibirse en partes y la remuneración está señalada por cada parte, dicha remuneración ha de pagarse por cada parte al recibirla (*bei dessen Abnahme*) (par. 641 I BGB).

El comitente está obligado a recibir la obra realizada conforme al contrato, siempre que la recepción no esté excluida por la naturaleza de la obra (par. 640 I BGB). Si por la naturaleza de la obra está excluida la recepción, en los casos de los párrafos 638, 641, 644 y 645, se subroga en el lugar de la recepción la terminación de la obra (par. 646 BGB). El contratista tiene un gran interés en la recepción de la obra, ya que de ella depende regularmente su remuneración. El deber de recepción de la obra del comitente es un deber de prestación principal (*Hauptleistungspflicht*).

Hasta la recepción de la obra –o dado el caso (par. 646 BGB) hasta su terminación– el contratista soporta el riesgo (par. 644 I BGB). Se trata del riesgo de la pérdida de su pretensión de remuneración, el riesgo del precio (*die Preisgefahr*). Si el comitente incurre en mora en la recepción, el riesgo pasa a él (par. 644 BGB).

Si tenemos en cuenta las disposiciones en su conjunto (par. 640 y 644 I BGB), es indudable que la ley concede al fenómeno de la recepción de la obra para el desenvolvimiento de la relación de las partes del contrato una importancia extraordinaria. A la recepción anuda la ley también el comienzo de la prescripción de las preten-

⁸² THOMAS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 672.

⁸³ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-1, *Besonderer Teil*, München, 1986, pp. 362 ss.

siones del comitente por los vicios de la obra (par. 638 I BGB). La recepción de la obra a pesar del conocimiento del vicio y sin reserva de los derechos produce la pérdida de los derechos contemplados por los párrafos 633 y 634 BGB (par. 640 II BGB). Si el comitente admite una obra viciada aunque conozca el vicio, sólo le corresponde las pretensiones señaladas en los párrafos 633 y 634 si se reserva sus derechos a causa del vicio en el momento de la recepción (par. 640 II BGB).

Fundamentalmente, la pretensión a la supresión del vicio por el contratista en el plazo prudencial señalado por el comitente. Después del transcurso del plazo el comitente puede exigir la resolución del contrato (redhibición) o la reducción de la remuneración (reducción), si el vicio no ha sido suprimido a tiempo.

La redhibición está excluida si el vicio sólo disminuye escasamente el valor o la aptitud de la obra.

Larenz⁸⁴ cuestiona qué ha de entenderse por recepción de la obra, y cuándo es excluida la recepción según la naturaleza de la obra.

Una antigua doctrina⁸⁵ opina que la recepción de la obra significa como en la compraventa nada diferente a hacerse cargo materialmente de la obra, su toma de posesión inmediata por el comitente. Contra esta doctrina se puede objetar que el uso idiomático entiende por recepción –cuando se trata, por ejemplo, de un inmueble o de instalaciones arquitectónicas o técnicas–, algo diferente, a saber, el asentimiento del comitente a la prestación del contratista, manifestado en relación con un examen previo o con un acto de prueba, o una declaración (no necesariamente de carácter jurídico negocial) consistente en que considera que la obra realizada en lo esencial es conforme al contrato, que no tiene objeciones fundamentales que hacer. Únicamente con semejante recepción por el comitente en el sentido de un reconocimiento de la obra en esencia conforme al contrato, en la mayoría de los casos basado en una inspección, considera la concepción del tráfico como terminada, en la generalidad de los casos, la actividad del contratista. La tesis dominante en la literatura jurídica y especialmente en la jurisprudencia

⁸⁴ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-1, cit., p. 364.

⁸⁵ HECK (*Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, 1929, p. 349) afirma que algunos autores (TITZE, SIBER, DERNBURG) se contentan con un cambio posesorio. Como en la compraventa, la recepción de la obra ha de ser considerada solo como cambio posesorio. Es la llamada *Besitztheorie* (teoría de la posesión).

Frente a esta teoría, se defiende la teoría de la declaración (*Erklärungstheorie*), por cuya virtud el comitente reconoce la prestación como cumplimiento (ENNECCERUS, OERTMANN, STAUDINGER).

TITZE (*Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlín/Göttingen/Heidelberg, 1948, p. 175) señala que el deber de recepción de la obra está sujeto a los mismos principios que el deber de recepción del comprador.

trata de combinar ambos puntos de vista, el traspaso de la posesión y la aprobación: entiende por recepción generalmente la entrega material de la prestación por el contratista al comitente, unida con la declaración de éste en el sentido de que reconoce la prestación como cumplimiento, correspondiendo sustancialmente a lo convenido en el contrato. En los casos en que no se trate de entrega material porque el comitente esté ya en posesión de la obra, como en los trabajos realizados en su inmueble, la aprobación de la obra equivale a la recepción.

Soergel⁸⁶ puntualiza que con la recepción termina la fase del cumplimiento del contrato.

Con la recepción son computados los plazos de prescripción de las pretensiones señaladas en el parágrafo 638 BGB.

Con la recepción se produce la traslación del riesgo del precio según el parágrafo 644 BGB al comitente.

Del parágrafo 641 BGB resulta que el comitente ha de satisfacer la remuneración al tener lugar la recepción.

La recepción determina la exclusión de las pretensiones por vicios según el parágrafo 640 II BGB (cuando el comitente admite una obra viciada aunque conozca el vicio, sin reservarse sus derechos a causa del vicio en el momento de la recepción) y de las pretensiones al pago de una cláusula penal según el parágrafo 341 III BGB cuando el comitente no se ha reservado sus derechos en la recepción (si el acreedor acepta el cumplimiento, sólo puede exigir la pena si se reserva el derecho a ello en la aceptación).

Por recepción de una obra se entiende el hacerse cargo materialmente de la obra ejecutada por el contratista y además la declaración del comitente, por la que reconoce que la obra realizada es en lo esencial conforme al contrato.

La terminación de la obra es la condición esencial para la recepción de la obra. El contratista debe haber ejecutado la obra prometida.

El hacerse cargo materialmente de la obra ejecutada es un componente esencial de la recepción, salvo que el comitente estuviese ya en posesión de la obra.

La recepción finalmente no es más que la aprobación de la prestación, que en lo esencial es conforme al contrato.

El reconocimiento de la obra como cumplimiento conforme al contrato constituye el núcleo esencial de la recepción en el contrato de obra.

⁸⁶ SOERGEL, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3-2, München, 1988, pp. 2.255 ss.

La recepción de la obra no supone necesariamente un examen (verificación) de la obra por el comitente.

La recepción de la obra puede ser expresa o tácita.

Una recepción tácita de la obra existe cuando el comitente no expresamente, sino a través de una conducta concluyente, da a entender que la obra es en lo esencial conforme al contrato.

Una conducta concluyente evidencia la recepción, como puede ser el pago de la obra. También la liberación de una garantía, la enajenación de la obra o el uso de la obra conforme a su destino pueden ser considerados como una recepción tácita. En la VOB/B - *Bauvertrag* el uso de la obra es, sin embargo, un elemento de la recepción presunta (*der fiktiven Abnahme*).

La recepción de la obra puede ser total o parcial. Ésta se distingue de aquella en que sólo se extiende a una parte de la obra.

El parágrafo 640 BGB no menciona a la recepción parcial, pero no admite ninguna duda y resulta además del parágrafo 641 BGB.

Si el comitente recibe la obra, corre el riesgo de sufrir la pérdida de su derecho si él no hace en la recepción de la obra las reservas necesarias. La reserva omitida conduce según el parágrafo 640 II BGB a la exclusión de las pretensiones por vicios a tenor de los parágrafos 633 y 634 como de la pretensión al pago de una cláusula penal como resulta del parágrafo 341 III BGB.

Una pérdida tiene lugar cuando el comitente no reserva en la recepción de la obra sus derechos por los vicios que él conoce positivamente.

La pérdida del derecho se refiere a los vicios sobre los que el comitente tiene un conocimiento positivo en el momento temporal de la recepción de la obra. Los vicios que él no conoce, pero que con el oportuno examen (verificación) de la obra no hubieran podido escapar, no son determinantes de la pérdida del derecho. El comitente sólo pierde después de la recepción de la obra las pretensiones por vicios respecto de los cuales en caso de litigio el contratista puede probar que el comitente conoce positivamente, pero no ha hecho reserva de ellos.

Únicamente la reserva de los derechos por los vicios conocidos, evita la pérdida de los derechos. La reserva ha de formularse en la recepción de la obra, ni antes ni después.

La pérdida de derechos se limita a las pretensiones por vicios según los parágrafos 633 y 634 BGB. El parágrafo 640 II sólo menciona estas dos disposiciones, no, en cambio, el parágrafo 635 BGB. La recepción sin reserva de la obra deja intacta la pretensión por daños y perjuicios.

La pretensión al pago de una cláusula penal es excluida si el comitente no se reserva esta pretensión en la recepción de la obra (par. 341 III BGB).

La obligación a la recepción de la obra por el comitente según el parágrafo 640 I BGB es un deber contractual principal (*vertragliche Hauptpflicht*). Si el comitente no cumple esta obligación a pesar del requerimiento, incurre en *mora accipiendo* (*Annahmeverzug*), que no requiere la culpa. Ésta (la *mora accipiendo*) hace pasar, según el parágrafo 644 I BGB, el riesgo del precio al comitente. Diversas consecuencias derivan de los parágrafos 300 y 304 BGB, relativos a la mora del acreedor. En mora del deudor cae el comitente, si a pesar de la reclamación no cumple su obligación principal a la recepción de la obra, con las consecuencias que establece, en relación con la mora del deudor cuando el contrato es bilateral, el parágrafo 326 BGB.

El contratista tiene también la posibilidad de reclamar la recepción de la obra.

El comitente sólo está obligado a cumplir su obligación principal a la recepción de la obra, cuando la obra está libre de vicios. Si la obra está aquejada de vicios, y son poco importantes, el comitente está autorizado a rehusar la recepción de la obra. Esto no lo dice expresamente la disposición sobre la recepción de la obra del parágrafo 640 BGB; el derecho a rehusar la recepción de la obra resulta del deber de cumplimiento del contratista. Únicamente cuando el rechazo a la recepción de la obra se funda en un vicio insignificante, que se presenta como una contravención de la buena fe (*Treu und Glauben*), queda suprimido el derecho a rehusar la recepción de la obra.

Una impugnación de la recepción de la obra no es posible por error o dolo. El instituto jurídico de la impugnación de las declaraciones de voluntad es suprimido por la regulación especial de la recepción de la obra.

El vencimiento de la obligación de pagar el precio de la obra es, según el parágrafo 641 I BGB, anulado a la recepción de la obra. La obligación de pago como la obligación a la recepción han de cumplirse simultáneamente.

El pago que resulta de la recepción tiene lugar a cambio de la entrega de la obra.

El comitente está facultado por los vicios de la obra para rechazar la recepción de la obra, y si él hace uso de este derecho, no vence la obligación de pagar el precio.

Cuando la recepción es parcial, si la remuneración es determinada por cada parte, procede el pago con la recepción de cada parte.

Brox⁸⁷ puntuализа que la remuneración vence con la recepción de la obra. Si la obra ha de recibirse por partes y la remuneración está señalada por cada parte, dicha remuneración ha de pagarse por cada parte al recibirla (par. 641 I BGB).

A tenor del párrafo 640 I BGB, el comitente está obligado a recibir la obra realizada conforme al contrato, es decir, libre de vicios y con las cualidades afirmadas (par. 633 I BGB).

La recepción de la obra es un deber contractual y no una carga del acreedor (*Glaubigerobliegenheit*).

Se discute que ha de entenderse por recepción. Algunos autores la conciben como en la compraventa (par. 433 II BGB), es decir, únicamente como el recibo material de la obra. Según otra opinión, existe recepción solamente cuando tiene lugar la aprobación de la obra por ser conforme al contrato. La opinión dominante considera que la recepción de la obra como regla general requiere tanto el recibo de la obra como también una declaración expresa o tácita del comitente, reconociendo que la obra es en lo esencial conforme al contrato (BGHZ 48, 257, 263).

La ley anuda a la recepción de la obra una serie de importantes consecuencias jurídicas.

Con la recepción de la obra vence la remuneración (par. 641 BGB); igualmente comienza a correr el plazo de prescripción de la pretensión por vicios (par. 638 BGB). A la recepción de la obra sin reserva a pesar del conocimiento del vicio conecta la ley la pérdida de las pretensiones por saneamiento (par. 640 II BGB). Con la recepción el riesgo del precio pasa del contratista al comitente (par. 644 I BGB).

Si por la naturaleza de la obra está excluida la recepción, se subroga en lugar de la recepción la terminación de la obra (par. 646 BGB). La ley conecta en tal caso a la terminación de la obra las citadas consecuencias.

En caso de incumplimiento por el comitente del deber de recepción, no sólo se produce la mora del acreedor, sino también cumpliéndose las condiciones de los párrafos 284 y siguientes del BGB a la vez la mora del deudor.

Schlechtriem⁸⁸ subraya que los deberes principales del comitente son la prestación de la remuneración y la recepción de la obra.

En el sistema de los recursos jurídicos por cumplimiento defectuoso del contrato de obra un dato fundamental es el de la recepción de la obra.

⁸⁷ BROX, *Besonderes Schuldrecht*, München, 1991, pp. 190 ss.

⁸⁸ SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, Tübingen, 1991, pp. 149 ss.

Las pretensiones del comitente prescriben en determinados plazos (seis meses, un año, cinco años) a contar desde la recepción de la obra (par. 638 I BGB).

Al ser la obligación a la recepción de la obra según la opinión dominante un deber principal, su violación por el comitente ha de enjuiciarse según los párrafos 284 y siguientes del BGB (daños por mora). Además, provoca la falta de recepción de la obra la mora del acreedor, con las consecuencias de los párrafos 300 y 304 BGB.

Hasta la recepción de la obra, el contratista soporta tanto el riesgo de la prestación como el riesgo del precio.

Con la recepción de la obra recae el riesgo sobre el comitente.

La recepción de la obra es un fenómeno decisivo en el contrato de obra. Con la recepción de la obra pasa el riesgo de la remuneración al comitente, se altera la carga de la prueba por vicios, si el comitente tiene conocimiento de los vicios y no hace las reservas correspondientes pierde los derechos de saneamiento, vence la remuneración (e intereses) y comienzan a correr los plazos de prescripción según el párrafo 638 BGB.

Las diferentes funciones que corresponden al fenómeno de la recepción de la obra, explican por qué la definición de la misma suscita dificultades. Mientras que el paso del riesgo como en la compraventa se explica por un cambio de la situación posesoria, las consecuencias del saneamiento y el plazo de prescripción se comprenden mejor con el entendimiento de la recepción como una aprobación negocial de la obra⁸⁹.

La opinión dominante emplea con apoyo en la jurisprudencia del BGH una fórmula intermedia: la recepción es la toma de posesión material de la obra, unida con el reconocimiento como cumplimiento conforme al contrato en lo esencial (BGHZ 48, 257, 262). Cuando la toma de posesión material no tiene lugar, como por ejemplo, en la construcción sobre el terreno del comitente, es suficiente la declaración de aprobación. Pero la ley imputa los efectos cuando se produce la terminación si según la naturaleza de la obra está excluida la recepción (par. 646 BGB).

Según Fikentscher⁹⁰, los deberes principales del comitente son el pago del precio y la recepción.

⁸⁹ SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 160; BÖGGERING, «Die Abnahme beim Werkvertrag», *JuS* 1978, p. 512; JAKOBS, «Die Abnahme beim Werkvertrag», *AcP* 183 (1983), pp. 145, 148; KEILHOLZ, «Um eine Neubewertung der Abnahme im Werkvertrag und Baurecht», *BauR* 1982, p. 121.

⁹⁰ FIKEANTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín/New York, 1992, pp. 552 ss.

El deber de recepción según el parágrafo 640 del BGB es un deber principal sinalgámático del contrato de obra. Su imposibilidad, demora o rehuse justifican las pretensiones de los parágrafos 320 a 327 BGB⁹¹.

La recepción puede ser obtenida por la fuerza, es decir, judicialmente (ejecución forzosa según el parágrafo 888 ZPO)⁹².

La recepción es a la vez la toma de posesión material de la obra y la aprobación expresa o tácita.

La recepción no excluye la alegación por el comitente de los vicios no conocidos (par. 640 II BGB).

La pretensión de indemnizaciones de daños y perjuicios del parágrafo 635 del BGB permanece intacta.

Con la recepción comienza la prescripción (par. 639 I BGB), pasa el riesgo al precio (par. 644 BGB) y vence la remuneración (par. 641 BGB).

Si de acuerdo con la naturaleza de la obra está excluida la recepción, en lugar a la recepción se atiende a la terminación de la obra (par. 646 BGB).

Medicus⁹³ subraya que el comitente puede rehusar la recepción por ser la obra defectuosa (par. 640 I BGB). Con ello evita el vencimiento de la pretensión de retribución, parágrafo 641 I BGB.

Analogamente al parágrafo 477 en la compraventa, el parágrafo 638 para el contrato de obra establece una prescripción sumamente corta: normalmente seis meses; en los trabajos de un inmueble, un año; en las construcciones cinco años; todos desde la recepción o la conclusión de la obra. Estos breves plazos no rigen con dolo del contratista; en oposición al parágrafo 225 también se pueden ampliar por contrato, parágrafo 638 II. Importante para la práctica es el parágrafo 639 II: Si el contratista se hace cargo, de acuerdo con el comitente, del examen de la existencia del vicio o de la supresión del mismo, la prescripción se suspende hasta que el contratista comunique al comitente el resultado del examen o declare frente a él que el vicio está suprimido o niegue la prosecución de la supresión.

Según el parágrafo 641 se ha de abonar la retribución con la recepción de la obra. Si por la naturaleza de la obra está excluida la recepción, se subroga en el lugar de la recepción la terminación de la obra.

⁹¹ FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., pp. 552 ss; BÖGGERING, «Die Abnahme beim Werkvertrag», cit., pp. 512 ss; JAKOBS, «Die Abnahme beim Werkvertrag», cit., pp. 145 ss.

⁹² FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, cit., p. 552; THOMAS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 6.723.

⁹³ MEDICUS, *Schuldrecht*, II, *Besonderes Teil*, München, 1993, pp. 167 ss.

La recepción se ha entendido antiguamente como la toma de posesión material de la obra, esto es, análogamente al parágrafo 433 II. Contrariamente, ya desde hace tiempo, se ha impuesto otra opinión: según la misma, junto a la toma de posesión material de la obra, debe producirse aún la aprobación de la obra por el comitente como esencialmente conforme al contrato.

A causa de la gran importancia que tiene para los derechos del contratista, éste puede demandar la recepción por el comitente de acuerdo con el parágrafo 640 I. Una recepción con conocimiento de los vicios de la cosa excluye las pretensiones por los defectos no reservados, como establece el parágrafo 640 II.

Como la pretensión de retribución vence con la recepción (o terminación, par. 646), el contratista soporta hasta ella el riesgo del precio (par. 644 I).

El riesgo del precio pasa al comitente a partir de la mora en la recepción.

La pretensión de retribución vence con la recepción (par. 641 I).

B) *La recepción de la obra en la VOB-B*

La recepción de la obra en el contrato de construcción (*Bauvertrag*) es contemplada por la VOB-B (*Verdingungsordnung für Bauleistungen*).⁹⁴

En la VOB-B aparecen las condiciones contractuales generales para la ejecución de las prestaciones de construcción.

El parágrafo 12 se refiere a la recepción (*Abnahme*), estableciendo básicamente lo siguiente:

1. Si el contratista solicita después de la terminación la recepción de la prestación, el comitente ha de llevarla a cabo dentro del plazo de doce días hábiles; puede ser acordado otro plazo.
2. Por un vicio esencial puede ser rechazada la recepción hasta su supresión.
3. Una recepción formal ha de tener lugar cuando lo solicita una parte contratante. Cada parte puede a su costa estar asesorada por un experto. El resultado es consignado por escrito conjuntamente en un acta. En el acta han de incluirse las eventuales reservas

⁹⁴ Vid. BROX, *Besonderes Schuldrecht*, cit., p. 199; INGENAU-KORBION *Verbindungsordnung für Bauleistungen, Teile A und B*, Düsseldorf, 11.^a ed., 1989; SEILER, en ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, cit., pp. 1.697, 1.698 y 1.703; SOERGEL, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3-1, cit., pp. 1.163 ss; SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers*, München, 1980, pp. 160 ss; MEDICUS, *Schuldrecht*, II, cit., pp. 184-185, con exhaustiva información doctrinal sobre la VOB-B.

por vicios conocidos y por cláusulas penales, así como las eventuales objeciones del comitente. Cada parte recibe una copia.

4. La recepción formal puede tener lugar a pesar de la ausencia del comitente cuando se ha acordado el término o el comitente fue invitado con un plazo suficiente para ello. El resultado de la recepción ha de ser comunicado al comitente enseguida.

5. Si no es solicitada la recepción, se considera la prestación como recibida por el transcurso de doce días hábiles después de la comunicación por escrito de la ejecución de la prestación.

6. Si el comitente ha tomado en uso la prestación o una parte de la prestación, tiene lugar la recepción tras el transcurso de seis días hábiles del comienzo del uso, cuando no se haya acordado nada diferente.

7. Con la recepción pasa el riesgo al comitente.

Schmalzl⁹⁵ subraya que, según el parágrafo 640 I BGB, el comitente está obligado a recibir la obra ejecutada conforme al contrato. Esto rige también cuando el dueño de la obra y el contratista han convenido como fundamento del contrato de construcción la VOB, que contempla diversas formas de recepción.

Con la recepción el dueño de la obra se hace cargo de la prestación de construcción y reconoce que la misma es en lo esencial conforme al contrato.

La recepción puede ser hecha expresamente o resultar de actos concluyentes.

La recepción desempeña en la estructura de la VOB una importante función, ya que en el parágrafo 12 se la otorga una amplia extensión. La recepción no sólo tiene importancia en relación con el cumplimiento (par. 4 VOB), sino también con respecto al saneamiento (par. 13 VOB), los riesgos (par. 7 VOB), la prescripción de las pretensiones de saneamiento (par. 12 Nr. 4 VOB), la cláusula penal (par. 11 Nr. 2 VOB) y la carga de la prueba (par. 363 BGB).

El parágrafo 12 VOB distingue entre la recepción total (Nr. 1) y la recepción parcial de la prestación (Nr. 2).

La VOB contempla una forma usual de recepción (Nr. 1), una recepción formal (Nr. 4), una recepción ficticia (Nr. 5.1) y una recepción por el uso (Nr. 5.2).

El Nr. 4.1 y el Nr. 5.3 se refieren con carácter general a las reservas, que no son reguladas, por lo que se aplica la norma del parágrafo 640 II BGB.

⁹⁵ SCHMALZL, *Die Haftung des Architekten und des Bauunternehmers*, cit., pp. 160 ss.

Seiler⁹⁶ señala que la VOB-B contempla con amplitud la recepción de la obra.

El concepto de la recepción de la obra que aparece en el parágrafo 12 VOB-B es idéntico al concepto de recepción de la obra del BGB⁹⁷; pero su ejecución difiere en parte de la regulada en el BGB.

El deber del comitente a la recepción de la obra surge con la reclamación del contratista. Éste puede demandar la recepción de la obra (par. 12 Nr. 2).

El rechazo a la recepción de la obra sólo es admisible por los vicios esenciales (par. 12 Nr. 3).

Brox⁹⁸ observa que en el Derecho alemán presenta especialidades el denominado contrato de construcción, al que se refiere la VOB. La parte B de la VOB se refiere a las condiciones contractuales generales para la ejecución de la construcción. Para el contrato de obra entre el dueño de la obra (comitente) y el empresario de la obra (contratista) es de especial significación sobre todo la parte B de la VOB.

Para la recepción del edificio, la VOB-B prevé en el parágrafo 12 un procedimiento de recepción formal, cuando una de las partes lo demanda. Se trata de la elaboración de un acta de recepción, en la que son formuladas todas las eventuales reservas del comitente y todas las réplicas del contratista.

Una denegación de la recepción de la obra sólo es pertinente por los vicios esenciales.

Si no es exigida la recepción o el comitente la rehusa injustificadamente, se considera la prestación como recibida por el transcurso de doce días hábiles después de la comunicación por escrito sobre la terminación total de la prestación. Si el comitente se hace cargo de la prestación utilizándola, tiene lugar la recepción de la obra después del transcurso de seis días hábiles a partir del comienzo de la utilización.

4. Derecho portugués

El Código civil portugués de 25 de noviembre de 1966 regula con amplitud el fenómeno de la recepción de la obra, refiriéndose específicamente a la verificación y aceptación. Hay que tener en

⁹⁶ SEILER, en ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, cit., pp. 1.697 ss.

⁹⁷ INGENSTAU-KORBION, «Verbindungsordnung für Bauleistungen», cit., par. 12, Rdz 1; SEILER, en ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, cit., p. 1.697.

⁹⁸ BROX, *Besonderes Schuldrecht*, cit., pp. 190 ss.

cuenta que la recepción se produce cuando el dueño acepta la obra ejecutada por el empresario.

El artículo 1218 establece lo siguiente:

1. El dueño de la obra debe verificar, antes de aceptar, si la misma se encuentra en las condiciones convenidas y sin vicios.

2. La verificación debe ser hecha dentro del plazo usual o, a falta de uso, dentro del período que se juzgue razonable después de que el empresario haya puesto al dueño de la obra en condiciones de poder hacerla.

3. Cualquiera de las partes tiene derecho a exigir que la verificación sea hecha, a su costa, por peritos.

4. Los resultados de la verificación deben ser comunicados al empresario.

5. La falta de verificación o de comunicación constituye aceptación de la obra.

El artículo 1219, relativo a los casos de irresponsabilidad del empresario, dispone:

1. El empresario no responde por los defectos de la obra, si el dueño la acepta sin reserva, con conocimiento de ellos.

2. Se presumen conocidos los defectos aparentes, haya existido o no verificación de la obra.

El artículo 1124 preceptua lo siguiente:

1. Los derechos de eliminación de los defectos, reducción del precio, resolución del contrato e indemnización caducan, si no son ejercidos dentro de un año a contar del rechazo de la aceptación de la obra o de la aceptación con reserva, sin perjuicio de la caducidad prevista en el artículo 1220.

2. Si los defectos eran desconocidos por el dueño de la obra y éste la ha aceptado, el plazo de caducidad se cuenta a partir de la denuncia; en ningún caso, sin embargo, aquellos derechos podrán ser ejercidos después del transcurso de dos años desde la entrega de la obra.

En relación con los inmuebles destinados a larga duración, el artículo 1225 afirma lo siguiente:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1219 y siguientes, si la contrata tiene por objeto la construcción, modificación o reparación de edificios u otros inmuebles destinados por su naturaleza a larga duración y, en el transcurso de cinco años a contar de la entrega, o en el transcurso del plazo de garantía acordado, la obra, por vicio del suelo o de la construcción, modificación o

reparación, se arruina total o parcialmente, o presenta graves defectos o peligro de ruina, el empresario es responsable por el perjuicio para con el dueño de la obra.

2. La denuncia, en este caso, debe ser hecha dentro del plazo de un año y la indemnización debe ser pedida en el año siguiente a la denuncia.

El artículo 1228, relativo a los riesgos, dispone lo siguiente:

1. Si, por causa no imputable a cualquiera de las partes, la cosa perece o se deteriora, el riesgo corre a cuenta del propietario.

2. Si, no obstante, el dueño de la obra estuviese en mora en cuanto a la verificación o aceptación de la cosa, el riesgo corre a cuenta suya.

A tenor del artículo 1211.2, el precio debe ser pagado, no existiendo cláusula o uso en contrario, en el acto de aceptación de la obra.

El artículo 1212, referente a la propiedad de la obra, establece lo siguiente:

1. En el caso de contrata de construcción de cosa mueble con materiales suministrados, en todo o en su mayor parte, por el empresario, la aceptación de la cosa determina la transferencia de la propiedad al dueño de la obra; si los materiales fueran suministrados por éste, continuan siendo propiedad de él, así como es propiedad suya la cosa luego que sea concluida.

2. En el caso de contrata de construcción de inmuebles, siendo el suelo o la superficie de propiedad del dueño de la obra, la cosa es propiedad de éste, aunque sea el empresario el que suministre los materiales; éstos se consideran adquiridos por el dueño de la obra a medida que se van incorporando al suelo⁹⁹.

5. Derecho suizo

El Código de las Obligaciones suizo de 30 de marzo de 1911 regula en el artículo 370 la recepción de la obra, la cual, de igual manera que sostiene la doctrina alemana dominante, es configurada por la doctrina suiza no sólo como la toma de posesión material de la obra, sino sobre todo como el reconocimiento por el comitente de la ejecución de la obra conforme al contrato¹⁰⁰.

⁹⁹ *Vid. FERNANDES RODRIGUES BASTOS, Código civil português anotado e actualizado*, Coimbra, 1996, que anota cada uno de los artículos citados, pp. 373 ss.

¹⁰⁰ GAUTSCHI, «Der Werkvertrag», en *Berner Kommentar. Das Obligationenrecht* VI-3, Bern, 1967, p. 382.

Además de los efectos que se infieren del transcurrido artículo 370, destacando la exoneración de responsabilidad del contratista por los defectos aparentes que no han sido denunciados por el comitente al proceder a la recepción de la obra, salvo que el contratista los haya disimulado de manera intencionada, el artículo 371 dispone que los derechos del dueño en razón de los defectos de la obra prescriben conforme a las mismas normas que los derechos que corresponden al comprador. Sin embargo, la acción del dueño en razón de los defectos de una construcción inmobiliaria prescribe contra el contratista, de igual manera que contra el arquitecto o el ingeniero que ha colaborado en la ejecución de la obra, a los cinco años desde la recepción.

IV. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA DE 12 DE ABRIL DE 1994

El escaso tratamiento que nuestro Código civil dispensa a los problemas referentes a la recepción de la obra, en contraste con la situación existente en otros Códigos civiles y en el ámbito de las obras públicas en nuestro Derecho, como hemos visto, aconsejaba que, a propósito de una reforma total de la normativa del Código civil sobre el contrato de obra, se disciplinase adecuadamente la recepción de la obra, al ser esencial para comprender el contrato de obra.

Este objetivo persiguió el Proyecto de Ley por el que se modificaba la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994, dotando de una nueva redacción a los artículos 1588 a 1600, relativos al contrato de obra, con una amplia regulación de la recepción de la obra, cuya importancia, en el marco de este contrato, es destacada en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, al subrayarse que se ha atendido especialmente a precisar los conceptos de terminación, entrega y recepción de la obra, no suficientemente claros en la anterior regulación. De ellos depende, entre otras cosas, la determinación de los plazos para las reclamaciones por vicios manifiestos y por vicios o defectos ocultos. Tales situaciones darán lugar, según los casos, a la pretensión de que los defectos se corrijan, a las indemnizaciones que procedan o, en último extremo, a la resolución del contrato.

No ha tenido éxito este Proyecto de Ley, que parece que ha sido definitivamente abandonado, máxime cuando se ha promulgado

recientemente la Ley de Ordenación de la Edificación. Conviene, no obstante, reflejar los preceptos de este Proyecto de Ley que se refieren a la recepción de la obra, en la medida en que son útiles para entender su significado.

El artículo 1592 dispone lo siguiente: la obra deberá ser realizada y puesta a disposición del comitente en el plazo convenido. A tal fin, deberá el contratista comunicar al comitente la conclusión de la obra, para que proceda a su recepción, que se realizará en el momento que ambos convengan o, en otro caso, al concluir los diez días siguientes. En la recepción podrá el comitente, con los asesoramientos que estimare pertinentes, formular reservas, señalando los vicios manifiestos que apreciare, o rechazandola. Si no hubiese existido recepción expresa, se entenderá que la recibe y aprueba si transcurren sin protesta otros diez días, o cuarenta si se trata de obra en un inmueble, desde el término de que habla el párrafo anterior.

Según el artículo 1593, cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, a la decisión de peritos que nombran las partes aplicando en su caso los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A tenor del artículo 1594, la aprobación a que se refieren los dos artículos anteriores excluye la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos que al tiempo de la recepción de la obra fueren manifiestos, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos fácilmente por razón de su oficio o profesión. Tampoco responderá el contratista de los vicios o defectos imputables al comitente ni de los que se deban a la mala calidad de los materiales elegidos o aportados por éste, si el contratista hubiera advertido esta circunstancia antes de utilizarlos o de incorporarlos a la obra.

El artículo 1600 afirma que el contratista de una obra inmobiliaria de carácter permanente y el que en el ejercicio de una actividad empresarial la hubiera promovido serán responsables, frente al comitente y sucesivos adquirentes, de la ruina de aquélla, si acaece por vicios de la construcción dentro de los diez años siguientes a la recepción o, en su defecto, al momento en que fue concluida¹⁰¹.

¹⁰¹ Sobre esta normativa, CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra» (según el Proyecto de Ley 121/00043, 1994, de modificación del Código civil), en *Contratos de servicios y de obra*. Coordinador: José González García, Universidad de Jaén, 1996, pp. 89 ss.; CORDERO LOBATO, «Notas al Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obras», RDP, 195, pp. 886 ss.; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, Madrid-Barcelona, 2001.

Desgraciadamente, el citado Proyecto de Ley no se ha convertido en Ley¹⁰², por lo que, como subraya Cadarso¹⁰³, salvo las fragmentarias referencias que se hacen en los artículos 1592 y 1598 del Código civil, la recepción en sentido propio carece de una regulación en la disciplina vigente del contrato de obra.

No obstante, aun en defecto de regulación legal adecuada en el Código civil, es posible, atendiendo a la práctica contractual, la doctrina y la jurisprudencia, perfilar el régimen jurídico de la recepción de la obra en el marco del Código civil.

V. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

1. Consideraciones generales

Nuestro Código civil, en la normativa sobre las obras por ajuste o precio alzado (arts. 1588 a 1600), trata escasamente los problemas referentes a la recepción de la obra, que si bien es mencionada por el artículo 1592, no es disciplinada de una manera adecuada, a pesar de la extraordinaria importancia que tiene para comprender el contrato de obra¹⁰⁴.

¹⁰² Como señala DÍEZ-PICAZO («Ley de Edificación y Código Civil», ADC, 2000, p. 11), aunque los trabajos de la Comisión General de Codificación se convirtieron en Anteproyecto de Ley y después en un Proyecto que fue entregado a las Cortes en la anterior legislatura, tras haber sido aprobado por el Gobierno, no tuvieron en su andadura posterior la suerte que probablemente merecían. No es aventurado imputar su suerte a su encontronazo con los trabajos de la Ley de Ordenación de la Edificación y, consiguientemente, a las tensiones ministeriales. Es muy probable que una gran parte de los problemas que ahora van a surgir, hubieran quedado desvanecidos si se hubiera seguido aquel camino.

¹⁰³ CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 89.

¹⁰⁴ Así es subrayado por nuestra doctrina, que pone de relieve que la situación es diferente que en la Ley de Ordenación de la Edificación.

DÍEZ-PICAZO («Ley de Edificación y Código Civil», ADC, 2000, p. 7) subraya que todos estamos de acuerdo en que la regulación del Código civil sobre el contrato de obra, contenida en el bloque de los artículos 1588-1600, dentro de una sección que lleva por título «De las obras por ajuste o precio alzado», es anacrónica, defectuosa y largamente superada por la práctica.

Esta observación es especialmente aplicable a la recepción de la obra, apenas contemplada en dicha normativa.

La importancia de la recepción de la obra no tiene una correspondencia en la disciplina civil del contrato de obra. El Código civil dedica tan sólo dos reglas a la aprobación y recepción, los artículos 1592 y 1598, que, ciertamente, no versan sobre los aspectos más sustanciales de estos actos (GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, en colaboración con Carrasco y Cordero Lobato, Pamplona, 2000, pp. 142-143; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 1998, pp. 142-143).

LINARES (*El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, Madrid, 2001, p. 78, nota 57) señala que existe un vacío legal en la materia, que hay que cubrir. Vacío legal en cuanto a la definición de lo que debe entenderse por recepción de la

Contrasta esta situación con la existente en los Códigos civiles anteriormente citados y en la normativa administrativa sobre las obras públicas vigente en nuestro Derecho. Esta situación pudo haber cambiado radicalmente si hubiese tenido éxito el citado Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994.

2. El concepto de recepción de la obra

En el marco del Código civil, la recepción de la obra puede definirse, teniendo en cuenta los artículos 1592 y 1598 del Código civil, como aquel acto jurídico por cuya virtud se entiende aprobada y recibida la obra construida, o como dice Salvador Coderch¹⁰⁵, en términos similares, es el acto por el cual el comitente aprueba la obra por entender que es conforme a lo dispuesto en el contrato y manifiesta estar dispuesto a hacerse cargo de ella.

Como observa Linares¹⁰⁶, en el concepto de recepción de la obra resaltan dos ideas fundamentales e íntimamente conectadas, que consisten en que la recepción supone que el comitente entiende bien hecha, ajustada a lo acordado y a la *lex artis*, la obra que le presenta el contratista, en definitiva que éste cumplió con la prestación debida, y en que como consecuencia de lo anterior el comitente se hace cargo de la obra, la recibe como tal.

En esta línea se pronuncia nuestra jurisprudencia, ya que la STS de 20 de octubre de 1989 (RA 6941), citando la anterior de 14 de octubre de 1968 (RA 4386), declara que es el acto o manifestación del propietario reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente, acto que, como subraya la STS de 16 de junio de 1994 (RA 4927), en modo alguno puede confundirse con la entrega de la obra.

La aprobación de la obra construida es el contenido esencial de la recepción. Precisar en qué consiste la aprobación es imprescindible para comprender el significado de la recepción.

obra, que no existe en el Derecho francés, en el que la Ley de 4 de enero de 1978 ofrece una definición de la figura de la recepción (art. 1792.6 del CC).

Para MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios. Adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2001, p. 72), la regulación de la recepción en el Código civil es escasa, por no decir prácticamente nula, ya que tan sólo dos preceptos se dedican a esta figura jurídica y lo hacen de forma parcial e imprecisa. El primero de ellos, se refiere a la recepción parcial en el contrato de obra por unidad de medida o por piezas, el segundo de ellos se refiere a la recepción de la obra a satisfacción del propietario. Tales preceptos son los artículos 1592 y 1598.

¹⁰⁵ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1.196.

¹⁰⁶ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 79.

Antes de aprobar la obra construida, lo lógico y lo usual es que el contratista la haya entregado al comitente y que éste la examine detenidamente¹⁰⁷. Por esta razón, es necesario referirse a la entrega y a la verificación de la obra construida por el comitente.

3. La entrega de la obra

A la entrega de la obra, como concepto diferente de la terminación y la recepción de la obra, se refiere el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994.

El artículo 1592 de este Proyecto de Ley establece que la obra deberá ser realizada y puesta a disposición del comitente en el plazo convenido.

La puesta a disposición se identifica con la entrega o tradición material¹⁰⁸. Lucas Fernández¹⁰⁹ define la entrega como una puesta a disposición del dueño de la obra realizada¹¹⁰.

En línea con el criterio imperante en el Derecho comparado, al que anteriormente nos referimos, hay que concluir que la entrega y la recepción de la obra son dos momentos conceptualmente distintos¹¹¹, si bien inmersos en el llamado proceso de recepción, que como destaca Cadarso¹¹² se inicia con la entrega, salvo en aquellos casos en que el comitente tuviera ya la posesión¹¹³.

Como regla general, la entrega es previa a la aceptación o recepción de la obra¹¹⁴.

¹⁰⁷ FISAC DE RON (*El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 40) subraya que cabe, no obstante, la recepción sin entrega en algún caso excepcional. Se produce la recepción de la obra sin que exista una entrega en aquellos casos en los que el contratista realice una obra en un bien que posee el comitente y que no deja de poseer aun a pesar de la actuación del contratista.

¹⁰⁸ FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 21.

¹⁰⁹ LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XX-2.º, Madrid, 1986, p. 258.

¹¹⁰ En el mismo sentido, GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, pp. 308-309; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Madrid, 2000, p. 57; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 53; RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, p. 866; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 53; GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 144; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 25 y 34.

¹¹¹ FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 21.

¹¹² CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 91.

¹¹³ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1196; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 30.

¹¹⁴ DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, Granada, 2000, p. 374; PUIG BRU-TAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-II, Barcelona, 1982, p. 469; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1999, p. 378; DE LA CÁMARA MINGO, «El arrenda-

La eficacia de la entrega como acto de cumplimiento no está supeditada a la previa aprobación y recepción del comitente¹¹⁵.

Aunque tiene razón SANTOS BRIZ¹¹⁶ al decir que las palabras «entrega» y «recepción» de la obra no son equivalentes, no podemos compartir la opinión que mantiene en el sentido de que la mera entrega o «recepción física» carece de efectos jurídicos, ya que para su eficacia jurídica ha de añadirse el reconocimiento de que su construcción es conforme al contrato. Al exponer los efectos de la recepción definitiva de la obra, mostraremos que algunos efectos que suelen atribuirse a ésta lo son realmente de la entrega de la obra.

El contratista está obligado a la entrega de la obra una vez que haya concluido su ejecución, salvo que las partes hayan fijado en el contrato el momento de la entrega.

La entrega de la obra presupone que ha tenido lugar la terminación de la misma¹¹⁷, distinguiendo Martínez Mas¹¹⁸ los conceptos de terminación de la obra y de entrega de la obra.

El Código civil no despeja la cuestión sobre lo que debe de entenderse por obra terminada.

Para la mayor parte de la doctrina, por terminación de la obra ha de entenderse que la misma está en condiciones de ser entregada por haber cumplido el contratista su obligación principal de acuerdo con lo pactado.

Una obra se considera terminada cuando está en condiciones de ser ocupada inmediatamente y sin necesidad de trabajo complementario alguno.

Salvo pacto expreso en contrario, la entrega de la obra se produce con anterioridad a la recepción de la misma¹¹⁹.

Cabe que las partes acuerden que la entrega tenga lugar cierto tiempo después de la aprobación de la obra por el comitente. En este caso la obra quedará en posesión del contratista hasta el término señalado para la entrega, debiendo el contratista conservar la

miento de obras y servicios», en *Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, dirigido por García-Gallo y López Ortiz, IV, Madrid, 1964, pp. 598-599; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 30.

¹¹⁵ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249; GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 144.

¹¹⁶ SANTOS BRIZ, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», *RDP*, 1972, p. 394.

¹¹⁷ Como observa FISAC DE RON (*El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 29), para que la entrega sea válida la obra ha de entregarse concluida o terminada.

¹¹⁸ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 23 ss.

¹¹⁹ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 66.

obra con la diligencia de una buen padre de familia (art. 1094 del Código civil)¹²⁰.

El Código Civil no establece ninguna norma especial en cuanto al lugar de la entrega de la obra, por lo que habrá que acudir a las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos, contenidas en el artículo 1171.

La entrega para su debida y completa observancia exige identidad e integridad entre lo que se pactó y la realidad física que se pone a disposición del comitente; de tal manera que no habrá entrega cuando la obra construida y entregada sea distinta de la pactada (*aliquid pro alio*)¹²¹.

De todo lo dicho hasta este momento, se infiere que el cumplimiento de la obligación de recibir la obra que pesa sobre el comitente se sustenta sobre el presupuesto de que el contratista cumpla con su obligación de entrega de la obra al comitente.

Como observa Linares¹²², la exigencia de este presupuesto es de pura lógica, pues no se puede pretender que el comitente cumpla con su obligación de recepción de la obra sin que previamente el contratista le oferte la entrega de la misma, ya que prescindir de este presupuesto llevaría a la imposibilidad de que el comitente pudiera cumplir con su obligación correlativa a la de entrega de recibirla.

Nuestra jurisprudencia distingue claramente los conceptos de la entrega y la recepción de la obra. La STS de 14 de octubre de 1968 (RA 4386) se refiere a esta distinción cuando dice que la entrega de la obra es cosa distinta de la recepción, la cual viene constituida por el acto o la manifestación del propietario, reconociendo que la obra ha sido ejecutada correctamente; a continuación se refiere a la posible alteración del orden cronológico de las operaciones integrantes del proceso de recepción, al afirmar que tal recepción, lo mismo puede anticiparse a la entrega, cuando el

¹²⁰ Según MARTÍNEZ MAS (*El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 57), de acuerdo con lo pactado por las partes, la entrega puede ser anterior, posterior o coetánea con la recepción de la obra.

Como observa MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, en colaboración con De Pablo, Pérez Álvarez y Parra Lucán, Madrid, 2000, p. 605), la entrega y la recepción no coinciden necesariamente.

FISAC DE RON (*El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 18 y 38) subraya que, con cierta frecuencia, la entrega es anterior o simultánea a la recepción, pero también cabe una entrega posterior a la recepción de la obra.

¹²¹ GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 313; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 56-57.

¹²² LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 77.

propietario admite que ya la reconoció y encontró conforme, o puede demorarse si por cualquier circunstancia, cuando se la entregaron no pudo reconocerla o no pudo prestar su conformidad, aun después de la recepción de la obra. En esta última frase, «aun después de la recepción de la obra», la sentencia se refiere a la recepción física, o en sentido estricto, como actividad que corresponde al comitente en la entrega¹²³.

El Tribunal Supremo afirma de modo reiterado que la entrega de la obra y su recepción son dos actos jurídicos diferentes: SSTS de 14 de julio de 1933 (RA 1790), 14 de octubre de 1968 (RA 4386), 8 de abril de 1983 (RA 2108) y 16 de junio de 1994 (RA 4927).

Como observa Linares¹²⁴, no parece existir discrepancia en la defensa de la idea de no identificar entrega de la obra con recepción de la misma, pues mientras la primera aparece como una obligación que pesa sobre el contratista, la segunda se presenta como una obligación que cae del lado del comitente.

En esta línea Fisac de Ron¹²⁵ puntualiza que ha de quedar claro que no debe confundirse la entrega con la recepción, al suponer la recepción una manifestación de conformidad, de ahí que la recepción implique la aceptación o aprobación de la obra.

Como es lógico, la entrega produce determinados efectos jurídicos, que son diversos lógicamente de aquellos que derivan de la recepción de la obra. De manera sintética, Linares¹²⁶ pone de relieve que frente a los que piensan, como Santos Briz¹²⁷, que la simple entrega material de la obra carece de efectos jurídicos, otros consideran que los produce, y, en concreto, citan los siguientes:

1. La entrega de la obra, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1589 y 1590 del Código civil, debe entenderse como un trámite de liquidación de una relación obligatoria.
2. La entrega persigue convertir al acreedor (comitente) en titular de la obra, entendida como resultado.
3. La entrega resulta insuficiente para que el contratista pueda exigirle su contraprestación al comitente, pero si la obra está bien hecha, aquélla libera al primero de los riesgos del perecimiento de la misma.

¹²³ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1988, p. 24.

¹²⁴ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 62.

¹²⁵ FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 21.

¹²⁶ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 63.

¹²⁷ SANTOS BRIZ, «*El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*», cit., p. 394.

4. En caso de tratarse de cosas corporales, la entrega de éstas al comitente le transmite la propiedad que tenía el contratista sobre ellas y de no ser así le transfiere al primero su posesión inmediata.

4. La verificación de la obra

Antes de aprobar la obra ejecutada, lo prudente, lo lógico y lo más usual en la práctica es que el comitente la examine con minuciosidad.

Como observa Spota¹²⁸, verificación y aprobación son dos operaciones conexas, que quedan corrientemente separadas en el orden cronológico: primero se verifica (operación de comprobación), y si de ello surge que la obra es de recibo, entonces se formula declaración (exteriorización de conocimiento) por la cual se aprueba.

La verificación consiste en el conjunto de operaciones preferentemente técnicas que tienen por objeto comprobar si la obra construida es conforme a lo pactado en el contrato y las reglas del arte de la construcción (*lex artis*).

De la STS de 20 de octubre de 1989 (RA 6941), que cita la de 25 de junio de 1970 (RA 3759), se infiere que la verificación de la obra consiste en un previo reconocimiento técnico (a la recepción definitiva) para comprobar su terminación, su identidad con el proyecto que la define y su correcto estado¹²⁹.

La verificación no puede en modo alguno configurarse como una obligación del comitente. El único interés del contratista reside en que la obra construida sea aprobada, haya sido o no verificada. En rigor, la verificación es una facultad del comitente, que forma parte del contenido del derecho de crédito, cuya titularidad ostenta éste¹³⁰. En este sentido, el artículo 1665 del Código civil italiano, al que ya nos referimos, establece, con toda lógica, que el comitente, antes de recibir la entrega, tiene derecho a verificar la obra ejecutada. La verificación de la obra está establecida en interés del comitente, no del contratista, constituyendo un derecho para aquél, en cuanto que una vez que la obra ha sido concluida por el contra-

¹²⁸ SPOTA, *Tratado de locación de obra*, II, Buenos Aires, 1976, p. 656.

¹²⁹ En este sentido también RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., p. 870.

¹³⁰ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., pp. 31 y 33; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 64; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 78-79; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 95 y 96; GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», *RCDI*, 2000, núm. 661, p. 2710; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 318; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 45 y 48.

tista y comunicada su terminación al comitente, éste tiene derecho a su verificación. Se trata, por tanto, de una facultad, en cuanto que el comitente puede no verificar la obra ejecutada por el contratista. Para el contratista se trata de una obligación negativa que consiste en dejar hacer o consentir que el comitente reconozca técnicamente la obra.

La verificación puede consistir en un simple control visual de la dimensión y estructura de la obra construida; o bien, pueden ser efectuados ensayos (pruebas técnicas) para asegurar el normal funcionamiento de la misma. Este control puede ser cualitativo o cuantitativo. Es cualitativo, cuando se examina la calidad o cualidad exigida por las partes o que se presumen queridas por ellas. Es cuantitativo, cuando tiene por objeto controlar el número y las dimensiones de la unidad de medida de que consta el trabajo hecho, para comprobar si corresponden o no a los estipulados.

La duración de la verificación es materia de pacto entre el comitente y el contratista. En caso de ausencia de pacto, la duración de la verificación debe ser conforme a la buena fe y a los usos profesionales, atendiendo a la naturaleza de la obra y a la mayor o menor complejidad que de ella se derive para su examen (art. 1258 del Código civil).

El comitente debe llevar a cabo la verificación de manera diligente, estando la diligencia en relación con el género y la importancia de los trabajos de construcción.

La cuestión es regulada específicamente por el artículo 1665 del Código civil italiano, ampliamente analizado por la doctrina italiana, según vimos, disponiendo que la verificación debe ser hecha por el comitente, apenas el empresario le pone en condiciones de poderla efectuar. Si, no obstante, haberse hecho la invitación por el empresario, el comitente retrasa el proceder a la verificación sin justo motivo, o bien no comunica el resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada.

En esta línea, Salvador Coderch¹³¹ subraya que la propia naturaleza de las cosas exigirá un plazo razonable para examen que comenzará a correr desde la notificación de la puesta a disposición de la obra. Transcurrido éste sin que el comitente haya manifestado su aprobación o negativa, la obra se presumirá entregada y recibida.

Fernández Costales¹³² estima que es muy interesante el artículo 1665 del Código civil italiano.

¹³¹ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1.197.

¹³² FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, Madrid, 1977, p. 196.

Herrera Catena¹³³ considera aprovechable la enseñanza del artículo 1665 del Código civil italiano; pues ella incluye un requisito a llenar por el empresario (hacer la invitación) y una posible justificación para el comitente (la existencia de un «justo motivo»), muy dignos de tenerse en cuenta por el juzgador.

El comitente, antes de aprobar la obra, tiene el derecho a verificarla, porque la verificación constituye el medio a través del cual el comitente forma su voluntad en orden a la aprobación.

La verificación es un derecho que corresponde al comitente. Sin embargo, el comitente puede encargar la realización de esta operación a un tercero que, por sus conocimientos técnicos, esté más capacitado para apreciar si la obra ha sido ejecutada conforme a las prescripciones contractuales y a las reglas del arte. No hay que olvidar que, con cierta frecuencia, el comitente es un profano en la materia, careciendo de los conocimientos técnicos necesarios para apreciar si la obra ha sido ejecutada conforme al contrato y a las reglas del arte de la construcción, por lo que es lógico que encargue a un técnico la verificación de la obra.

Cuando el comitente encarga a un tercero la verificación de la obra, asume éste la condición de un perito extrajudicial. El objeto de la intervención del tercero verificador es el de proporcionar al comitente un dictamen en orden al estado técnico de la obra.

Como observa Linares¹³⁴, no se puede olvidar, sobre todo cuando la obra en cuestión tiene una cierta complejidad técnica¹³⁵, que la labor de verificación material de la misma la puede, por encargo del comitente, llevar a cabo una persona perita en los conocimientos técnicos que se requieren para proceder a una razonable verificación de la misma, en cuyo caso será el informe que elabore el técnico el que le permitirá conocer al comitente la situación real de la obra de acuerdo con la verificación practicada.

La verificación final no impide el derecho que tiene el comitente de controlar el modo en que se desenvuelve el trabajo del contratista, es decir, la verificación de la obra en el curso de su ejecución. La función de una y otra es bien distinta. El objeto de la primera es comprobar si la obra ha sido realizada conforme al contrato y a las

¹³³ HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I-I, Granada, 1974, p. 64.

¹³⁴ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 80.

¹³⁵ Como es fácil de imaginar, no sólo la obra que ejecutada consiste en un bien inmueble requiere este tipo de intervenciones, sino que las mismas pueden igualmente resultar, si no absolutamente necesarias porque ello depende de la voluntad del comitente, si al menos recomendables en obras que ejecutadas den lugar a un bien mueble. Piénsese por ejemplo que le encarga construir un reloj de unas determinadas características, un televisor o una máquina para una industria.

reglas del arte, para que el comitente pueda decidirse por la aprobación o no de la obra. El de la segunda, comprobar si los trabajos se desenvuelven según las condiciones establecidas en el contrato y las reglas del arte.

Como la verificación es una facultad del comitente, éste deberá abonar los gastos ocasionados en la realización de esta operación.

En contraste con la tesis expuesta, comúnmente acogida, tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado, tal como expusimos, Linares¹³⁶ entiende que, por pura lógica, sólo puede haber verdadera aprobación de la obra ejecutada si la misma ha sido precedida, lo que no siempre puede ocurrir, de una tarea de verificación, pues quien aprueba sin más la obra que le entrega el contratista, es decir, «por las buenas» y sin previa verificación de ésta, en realidad no está llevando a cabo una verdadera aprobación, al menos con el significado que a la misma le da la doctrina, pues basta pensar que si la aprobación significa una declaración de voluntad por la que el comitente expresa que la obra construida se ajusta a las reglas del arte de la construcción pertinentes al tipo de obra de que se trate, así como a lo estipulado en el contrato de obra, dicha declaración de voluntad para conformar su contenido requiere necesariamente que el comitente tenga conocimiento, sea consciente, de que la obra que aprueba se acomoda tanto a lo pactado en el contrato como a la *lex artis* correspondiente, y ese conocimiento sólo lo puede tener si se ha llevado a cabo previamente una verificación de la obra que se aprueba. De tal manera que si no ha existido verificación, más que de aprobación, en el sentido indicado, se podría hablar de aceptación de la obra, pues no se puede aprobar lo que se desconoce sino en todo caso aceptarlo sin más, con independencia de que se dé o no el cumplimiento de la *lex artis* y de los términos del contrato, que sin previa verificación no se puede saber.

El problema que suscita la tesis de Linares radica en considerar como conceptos jurídicos distintos los de aprobación y aceptación de la obra ejecutada, que, a nuestro juicio, no son diversos, como se infiere de lo que expondremos en el próximo epígrafe.

5. La aprobación de la obra

La aprobación de la obra es la declaración de voluntad del comitente por la que pone de manifiesto que la obra construida es conforme a lo estipulado y a las reglas del arte de la construcción.

¹³⁶ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., pp. 80-81.

La aprobación de la obra tiene carácter unilateral, ya que se integra por la sola voluntad del comitente¹³⁷.

Normalmente, es la conclusión de la verificación. La verificación puede concluir en una declaración negativa sobre la adecuación de la obra construida a lo convenido en el contrato de obra, y en este caso no hay aprobación; y puede concluir, en cambio, en una declaración positiva, a través de la cual se reconoce que la obra fue construida debidamente. En esto consiste propiamente la aprobación.

El comitente está facultado para no aceptar la obra si la misma adolece de defectos constructivos. Sin embargo, esta afirmación es necesario matizarla en el sentido de que el cumplimiento defectuoso puede resultar insuficiente para justificar la no aprobación de la obra, cuando los defectos denunciados carecen de cierta importancia o trascendencia en relación a lo bien ejecutado, no impidiendo que la obra sea útil para el fin a que se destina y que el interés del comitente queda satisfecho. En este caso, el principio de la buena fe (art. 1258 del Código Civil), que ha de imperar en cualquier relación contractual, exige que el comitente apruebe la obra, si bien el contratista estará obligado a reparar o subsanar tales imperfecciones o admitir la reducción equitativa del precio convenido. En el acta de recepción de la obra se reseñarán los defectos apreciados y denunciados (recepción con reservas), con la finalidad de que ante una posible reclamación judicial el demandado no se oponga aduciendo que la recepción definitiva produce, entre otros efectos, la exclusión de responsabilidad del contratista por los defectos o vicios aparentes no denunciados¹³⁸.

Para que la aprobación sea plenamente eficaz, no ha de sufrir el comitente ningún vicio que invalide su consentimiento. Así, las maniobras fraudulentas del contratista tendentes a engañar al comitente, son constitutivas de dolo y toda intención que tenga por objeto ocultar el verdadero estado de la construcción, materializada en actos concretos, será sancionada con la nulidad del proceso de recepción.

¹³⁷ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra*, cit., p. 80; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, Madrid, 1998, p. 30.

¹³⁸ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 99; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 95-96; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 249-250; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1197; DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 371; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 326-327; CAPILLA, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*. Coordinador: Valpuesta, Valencia, 1998, p. 758.

La aprobación puede ser expresa y tácita. La aprobación es expresa cuando se presenta bajo la forma de una declaración por cuya virtud el comitente hace saber al contratista, por escrito o de palabra, la conformidad con la obra construida.

La aprobación expresa no es formal (no ha de expresarse en una forma determinada) aunque sea conveniente la forma escrita. Es más, por analogía a las reglas generales según las cuales cualquiera de las partes puede exigir de la otra la preconstitución de una prueba *prima facie* y razonablemente económica del cumplimiento de su propia obligación (exigibilidad de firma en albaranes y recibos), el contratista podrá exigir la forma escrita¹³⁹.

La aprobación es tácita cuando es deducida de actos o hechos que implican inequívocamente la conformidad del comitente con la obra construida.

En línea con el criterio imperante en el Derecho comparado, al que hicimos referencia, los principales supuestos que pueden implicar una aprobación tácita, son los siguientes:

1.º El recibo de la obra construida sin reservas y su subsiguiente utilización, supuesto que ha sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias (STS de 26 de noviembre de 1956, RA 3836; 28 de junio de 1958, RA 2516; 6 de marzo de 1963, RA 2053; 17 de diciembre de 1974, RA 5929; 25 de noviembre de 1966, RA 4996; 20 de marzo de 1981, RA 1013; 8 de abril de 1983, RA 2108; 5 de julio de 1996, RA 5561; 22 de marzo de 1997, RA 2189).

La STS de 22 de marzo de 1997 (RA 2189) afirma que si no se ha manifestado el correspondiente rechazo, se infiere la aprobación tácita.

La falta de manifestación de rechazo expreso de la obra, implica su aprobación tácita.

Según la STS de 5 de julio de 1996 (RA 5561), existe recepción tácita también cuando se produce el recibo de la obra por los sucesivos adquirentes sin hacer reservas.

2.º El silencio del comitente a la propuesta del contratista para que proceda a la recepción definitiva, cuando se ha pactado la provisional y se ha cumplido el plazo de garantía convencional (STS de 28 de junio de 1958, RA 2516).

3.º Como dijimos anteriormente, transcurrido el plazo razonable para examinar la obra construida puesta a disposición del comitente, sin que éste haya manifestado su aprobación o rechazo, a

¹³⁹ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1197.

pesar de haberle requerido el contratista, la obra se presumirá entregada y recibida.

Con razón, Salvador Coderch¹⁴⁰ subraya que el silencio consciente es un supuesto de aprobación tácita.

Según Fisac de Ron¹⁴¹, cabe hablar de una auténtica presunción de aprobación y recepción, cuando tal presupuesto se apoya únicamente en el silencio del comitente. En el supuesto de que el comitente hubiera podido rechazar la obra, pero guarde silencio, su silencio una vez más se interpretará como que se ha producido la recepción.

Constituye aprobación tácita el silencio del comitente al recibir la obra sin que sea necesario que se produzca el pago de la obra. Basta el silencio y la recepción física de la obra.

La demora injustificada del comitente en comunicar al constructor la verificación de la obra, puede comportar la aprobación tácita¹⁴².

García Conesa¹⁴³ señala que tanto si contiene su aprobación como si refleja disconformidad deberá llevarse a término en el plazo expreso convenido, o en uno tácito razonable, de forma que transcurrido aquél con silencio por parte del que la encargó, la obra se presumirá entregada y recibida.

Hay aprobación tácita cuando se produce el transcurso del término acordado para la verificación de la obra sin que el comitente manifieste su conformidad ni tampoco su reprobación.

Para Ragel¹⁴⁴, existe recepción tácita cuando se guarda silencio ante la intimación efectuada por el contratista para proceder a la recepción definitiva.

4.º El pago del precio sin reservas. El argumento fundamental para considerar que este pago implica la aprobación tácita de la obra se encuentra en la presunción que establece el artículo 1592 del Código civil: El que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. Como se aprecia, nuestro Código civil establece una presunción *iuris tantum* de que el comitente ha aprobado la parte de la obra entregada, cuando paga el precio al contratista. Así pues, si el contratista no destruye dicha presunción, el pago del precio entraña la aprobación y recibo de la obra, es decir, la recepción definitiva.

¹⁴⁰ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1197.

¹⁴¹ FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 24.

¹⁴² FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 63-64.

¹⁴³ GARCIA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 321-322.

¹⁴⁴ RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., p. 871.

La disposición del artículo 1592 del Código civil puede ser extendida a todos los demás casos, de suerte que cualquier obra, sea total o parcial, se entiende aprobada en cuanto es satisfecha¹⁴⁵.

Nuestra jurisprudencia sigue esta línea (STS de 13 de mayo de 1983, RA 2822).

Las cantidades abonadas a cuenta del precio o los adelantos que hiciere el comitente no implican conformidad alguna con la obra, sino que constituyen una simple facilidad de pago para la reposición de fondos por el contratista. Así lo establecen las SSTS de 14 de julio de 1933 (RA 1790), 20 de abril de 1959 (RA 3992) y 20 de abril de 1972 (RA 1857).

Los pagos a cuenta, que sólo son debidos si se hubiesen pactado, no hacen presumir la aprobación de la obra ni, por tanto, que el contratista haya cumplido fielmente sus obligaciones hasta ese momento. Estos pagos son meramente provisionales. Llevan implícita la condición de que el comitente puede negarse a recibir la obra si el contratista no ha cumplido con arreglo a lo pactado.

Dichos pagos dejan incólume el derecho del comitente a hacer valer todas las imperfecciones de los trabajos y las violaciones contractuales en que hubiera podido incurrir el contratista, aun cuando no se formulasen reservas al entregar esos adelantos del precio¹⁴⁶.

La aprobación de la obra puede ser pura y simple y bajo reserva. La aprobación es bajo reserva cuando el comitente conserva la facultad de hacer efectiva la responsabilidad del contratista, por la existencia de determinados vicios aparentes que han de ser subsanados por éste¹⁴⁷.

Como observa García Conesa¹⁴⁸, la recepción es el momento adecuado para efectuar la denuncia de los vicios manifiestos y dejar constancia de las reservas sobre irregularidades aparecidas ya antes de la entrega formal y recordadas en dicho momento. Por ello, la declaración que haga el dueño de la obra en tal sentido tras la verificación, se convierte en el presupuesto subjetivo para la interposición y admisión de su posterior reclamación, y sus efectos se conservan aunque aquél hiciere efectivo el total precio al momento de la recepción, o incluso tiempo después.

¹⁴⁵ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann, vol. 2.º, Doctrina especial, primera parte, en *Tratado de Derecho civil de Enneccerus*, Kipp y Wolff, Barcelona, 1966, p. 535.

¹⁴⁶ DE LA CÁMARA MINGO, «El arrendamiento de obras y servicios», cit., p. 602.

¹⁴⁷ GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 323; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann, vol. 2.º, Doctrina especial, parte primera, cit., p. 535; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 23-24.

¹⁴⁸ GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 323.

Hemos visto hasta ahora que la facultad de aprobar la obra construida corresponde al comitente, pero existen dos casos mencionados en el artículo 1598 del Código civil, que presentan importantes peculiaridades. El primer caso tiene lugar cuando se inserta en el contrato de obra la denominada «cláusula a satisfacción del propietario», y el segundo caso cuando se designa a un tercero para aprobar la obra construida.

El párrafo 1.º del artículo 1598 del Código civil contempla la citada cláusula, estableciendo que cuando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente.

No puede deducirse del artículo 1598 y *a contrario sensu*, que si no se estipuló que la obra se ha de hacer a satisfacción del propietario, el empresario quede facultado para realizar la obra de manera imperfecta e incompleta, y el propietario venga obligado a admitirla aun cuando no sirva para los fines normales para los cuales fue contratada, pues ello equivaldría a desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato de empresa y a desconocer su objeto (STS de 14 de octubre de 1968, RA 4386).

La cláusula a satisfacción del propietario no determina que la aprobación de la obra construida quede al arbitrio o capricho del comitente. Esto sería un medio cómodo de burlar la prohibición del artículo 1256 del Código civil (STS de 1 de abril de 1971, RA 1480). El arbitrio del propietario debe ser justo (*ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisse*) (STS de 22 de diciembre de 1982, RA 7978). Precisamente, para eludir el inconveniente apuntado el artículo 1598 del Código civil establece como supletorio el juicio pericial.

Esta cláusula confiere al comitente la facultad de aprobar la obra construida, pero estableciendo que cuando exista un desacuerdo entre éste y el contratista se entienda reservada la aprobación al juicio pericial correspondiente.

Si el desacuerdo se produce, el comitente y el contratista están obligados a desarrollar la actividad necesaria para que se nombre al perito y decida.

Aunque se ha defendido la equiparación del juicio pericial con el dictamen de peritos, sin que vincule al juez, que lo apreciará conforme a las reglas de la sana crítica (SSTS de 6 de junio de 1969, RA 3282, y 22 de julio de 1995, RA 5598) ¹⁴⁹, o como juicio de

¹⁴⁹ GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 271; SANTOS BRIZ, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», cit., p. 396; GONZÁLEZ POVEDA, *Comentario del Código Civil*, tomo 7, coordinador: Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, p. 685; HERRERA CATENA, *Responsabilidades en la construcción*, I, *Responsabilidad decenal de técnicos y constructores*, I,

peritos que es vinculante para el juez¹⁵⁰, llegando a afirmar Fernández Costales¹⁵¹ que la finalidad del artículo 1598 del Código civil es implantar una cláusula compromisoria implícita entre las partes, Díez-Picazo¹⁵² apunta atinadamente que lo primero que a simple vista se observa es que hay un desacuerdo entre las partes. Se habla en el artículo 1598 de «falta de conformidad» del propietario con la obra entregada. Lo que convendría diagnosticar es si este desacuerdo, si esta discordancia, reviste los caracteres de un litigio. Para verificarlo no existe otro camino que contrastar la realidad con el concepto científico de litigio, que jurídicamente considerado, supone un doble conflicto: un conflicto de intereses y un conflicto sobre la tutela jurídica de estos mismos intereses. ¿Existe también el conflicto sobre la tutela jurídica? Si el propietario (comitente) rechaza la obra, parece que es porque cree tener derecho a otra cosa. Pero, ¿hay en este discordar, por creer tener derecho a otra cosa, un auténtico litigio? Parece que no. El problema que se lleva al perito es previo a la litis: es simplemente la adecuación de lo cumplido con lo convenido o contratado.

Otra cuestión de gran interés que se hace necesario examinar es la de la eficacia de la intervención pericial. ¿Qué finalidad y qué efectos produce esta intervención? Según el artículo 1598 del Código civil, se reserva al juicio pericial la aprobación de la obra. Ha surgido un conflicto entre el constructor de la obra que la ha entregado y el comitente que no se encuentra conforme con ella. El perito interviene para juzgar –juicio pericial es la frase que emplea la ley– sobre la discordia. Al juzgar, el perito decide sobre un punto de hecho: la aprobación de la obra, su adecuación a lo convenido. El perito decide y su decisión influye en la situación jurídica de las partes. Si el perito aprueba la obra, el contrato se entiende cumplido. Si, por el contrario, la desaprueba, queda incumplido. La consecuencia de esta declaración de incumplimiento será la facultad que,

Granada, 1983, p. 167; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XX-2, cit., p. 465; ALBÁCAR, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, Madrid, 1995, p. 1678; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., pp. 40-41; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 250.

¹⁵⁰ DE LA CÁMARA, *El arrendamiento de obras y servicios*, cit., pp. 604-605; FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., pp. 189-191; GARCIA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 276; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 149.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., p. 149.

¹⁵² DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, pp. 93 ss. En el mismo sentido, F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 62; CABANILLAS, «La recepción de la obra», cit., p. 297; FISAC DE RON, *El cumplimiento en el contrato de obra: la recepción*, cit., p. 54.

en general, se atribuye en estos casos, es decir, la opción entre la reclamación de cumplimiento o la resolución (art. 1124 del Código civil).

Estas indudables consecuencias jurídicas de la decisión del perito no bastan para conferir a su función carácter de arbitraje. Para que exista arbitraje se precisa un litigio. El posible desacuerdo de las partes en torno a la prestación convenida, no reviste carácter litigioso. El litigio precisa un conflicto sobre la tutela jurídica. La aprobación o la desaprobación de la prestación es previa al litigio. La aprobación o desaprobación es una actividad que necesariamente se realiza en cumplimiento de toda obligación. Es una actividad negocial que normalmente realizan las partes, pero que puede ser encomendada a un tercero (en este caso, el perito), que actúa como arbitrador.

El párrafo 2.º del artículo 1598 del Código civil contempla el otro supuesto: la aprobación de la obra construida se confía al arbitrio de un tercero. Este supuesto es distinto del anterior, pues mientras la actividad pericial es supletoria, es decir, sólo procede cuando las partes (comitente y contratista) están en desacuerdo sobre si la obra ha sido o no bien construida, en cambio, el tercero designado simplemente sustituye al comitente a la hora de aprobar o no la obra construida.

La decisión del tercero, que versará sobre la aceptación o rechazo de la obra, será obligatoria para las partes, porque previamente así lo han convenido (STS de 8 de julio de 1987 (RA 5186).

Si la decisión del tercero no es aceptada por alguna de las partes, deberá ser refrendada por el juez, quien no podrá dejar de reconocer valor decisorio a aquélla.

Díez-Picazo¹⁵³ califica este supuesto como «arbitrio de aprobación», que se caracteriza por ser un juicio de aprobación o desaprobación del cumplimiento, precisando que su eficacia es la de un acto negocial, la eficacia que el acto negocial tendría si hubiera sido realizado por las partes; y ello, no porque el arbitrador acierte a expresar la voluntad de las partes, ni porque las partes se vean forzadas a querer lo que el arbitrador decide, sino que simplemente quiere decir que la decisión del arbitrador tiene la misma eficacia que la decisión de las partes, desde el momento en que se han remitido a ella.

La persona a la que se refiere el artículo 1598, párrafo 2.º del Código civil no puede calificarse de árbitro ni su dictamen de arbitraje, sino que nos encontramos ante la figura del arbitrador, cuyo

¹⁵³ DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., p. 154.

dictamen, aunque de gran importancia, no tiene carácter decisorio, ya que está sujeto, como todo dictamen pericial, a la valoración del juez (STS de 22 de julio de 1995, RA 5598).

F. J. Sánchez Calero¹⁵⁴ se plantea la cuestión de determinar qué ocurre en los casos en que la decisión del tercero falte.

La decisión del tercero puede faltar, bien porque no acepte el encargo que se le encomienda, o bien porque, una vez aceptado, se niegue a cumplirlo.

Para resolver la cuestión planteada, se hace necesario distinguir dos supuestos que la originan: no aceptación por el tercero del encargo que se le encomienda, o incumplimiento, una vez aceptado, del arbitrador.

En el primer caso, la falta de aceptación del arbitrador impide que el arbitrio llegue a constituirse, es inexistente. El origen de ese arbitrio, que no llegó a constituirse plenamente, está, exclusivamente, en la voluntad de las partes; por consiguiente, esa voluntad es la que debe proveer a la falta de constitución, en la forma que tenga por conveniente. Sin la voluntad de las partes el juez no puede sustituir al arbitrador que no aceptó. Como dice Díez-Picazo¹⁵⁵, hay varias razones para ello: es la primera, que el juez ordinario sólo puede derivar sus poderes de la ley, y la ley, en este caso, no le autoriza para sustituir al arbitrador que no acepta el encargo recibido; en segundo lugar, porque la constitución de toda suerte de relaciones jurídicas se rige, por lo general, por la autonomía de las partes.

En la segunda hipótesis, la aceptación del tercero hace que surja un vínculo contractual entre éste y las partes. En el caso de que el arbitrador voluntariamente incumpla su obligación o, por no ajustarse a equidad, su cumplimiento defectuoso produzca la ineficacia de su decisión, las partes, en aplicación del artículo 1098 del Código civil, podrán encargar, a costa de aquél, la decisión a un arbitrador sustituto, o al juez si no se pusieran de acuerdo en orden al nombramiento del sustituto. Además, el arbitrador incumplidor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1101, también del Código civil, quedará sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados a las partes¹⁵⁶.

De acuerdo con la tesis dominante en el Derecho comparado, anteriormente expuesta, la aprobación es un acto debido jurídicamente cuando la obra ha sido construida correctamente. El comiten-

¹⁵⁴ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., pp. 64 ss.

¹⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., p. 291.

¹⁵⁶ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 66.

te está obligado a aprobar y, por tanto, recibir la obra si es conforme a lo acordado en el contrato y los usos y reglas profesionales¹⁵⁷.

Como ponen de relieve Díez-Picazo y Gullón¹⁵⁸, la recepción de la obra es una de las obligaciones fundamentales del comitente, paralela a la del contratista de entregar la obra, y que se deduce de los principios generales en materia de pago: el deudor necesita de la cooperación del acreedor para liberarse de su obligación. Pero el comitente sólo está obligado a recibir si es conforme a lo pactado.

De la Cámara Mingo¹⁵⁹ observa que terminada la obra, el comitente tiene la ineludible obligación de recibirla. Esta obligación se infiere directamente del artículo 1592 del Código civil cuando afirma que el que se obliga a hacer una obra por piezas o por medidas puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. De este precepto se deduce la obligación del comitente a recibir la obra por partes cuando así se hubiera pactado, o en su totalidad si se hubiere convenido de este modo. Pero en ambos supuestos, no ofrece duda de que existe dicha obligación. Obligación de recibir la obra que, lógicamente, aparecerá condicionada a su fiel ejecución por parte del contratista.

Como afirma Linares¹⁶⁰, la obligación que nos ocupa para tener vigencia no tiene que pactarse, expresa ni tácitamente, en el contrato celebrado, por cuanto aun en el caso de no estar prevista directamente en el mismo, es una obligación cuya presencia en éste vendría a través de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil, de acuerdo con el cual, perfeccionado que esté el contrato, éste obliga no sólo a cumplir lo expresamente pactado sino también a todo aquello que, según su naturaleza, sea conforme a la buena fe, al uso

¹⁵⁷ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1197; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, 3, Madrid, 1999, pp. 304-305; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, II-2.º, Madrid, 1989, p. 214; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 378; CAPILLA, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, cit., p. 758; F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 53; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 30; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249; DE LA CÁMARA MINGO, *El arrendamiento de obras y servicios*, cit., pp. 600-601; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 75, 78 y 80; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 81; RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., p. 870; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 605; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., pp. 62 y 77; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 14, 17, 30 y 58; CABRERA y otros, Los arquitectos en el proceso edificatorio, en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Directores: Fernández Valverde y Díez Delgado. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000. p. 189.

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 378.

¹⁵⁹ DE LA CÁMARA MINGO, *El arrendamiento de obras y servicios*, cit., pp. 600-601.

¹⁶⁰ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 76.

y a la ley, y no hace falta esforzarse mucho para comprender que aquello a lo que obliga el contrato de obra, además de a lo expresamente pactado, es a recibir el comitente la obra ejecutada por el contratista, porque eso es lo que según la naturaleza del propio contrato puede entenderse conforme tanto a la buena fe, al uso, como a la ley.

Frente a este punto de vista, Pérez González y Alguer¹⁶¹ sostienen que ningún precepto de nuestro Código civil impone al comitente (como el parágrafo 640 del BGB alemán) la obligación de recibir la obra realizada conforme al contrato. La recepción de la obra ha de ser considerada, no como una obligación del comitente (ni, correlativamente, como un crédito del contratista), sino como un derecho de aquél, que se traduce en la obtención del resultado previsto en el contrato. No cabe interpretar en otro sentido la frase empleada en el artículo 1592 («puede exigir del dueño que la reciba...»), como tampoco puede, en un ámbito más general, deducirse la obligación del acreedor de recibir el pago por una interpretación *contrario sensu* de la frase «no podrá compelirse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones», utilizada en el artículo 1169.

La improcedencia de la consideración del deber de recepción del comitente como una obligación, da lugar a que el retraso en recibir la obra sólo pueda ser considerado como *mora accipiendo*.

Si al ofrecérsele la obra realizada no la admite el comitente incurrirá sólo en *mora accipiendo*; no cabe hablar, además, de *mora debendi* respecto a su deber de admisión, porque ningún precepto le impone la «obligación» de recibir la obra realizada.

Como señala con buen criterio la doctrina alemana, a la que nos referimos en el epígrafe relativo al Derecho comparado, la recepción es una obligación principal (*Hauptflicht*) del comitente.

Por ello si a pesar de habersele ofrecido la obra realizada, el comitente no la admite incurre no sólo en *mora accipiendo* sino también en *mora debendi* respecto a su deber de recepción.

6. Las clases de recepción de la obra

Teniendo en cuenta la normativa de nuestro Código civil sobre las obras por ajuste o precio alzado, los usos, la doctrina del Tribunal Supremo y el criterio imperante en el panorama del Derecho comparado, al que ya nos referimos, han de mencionarse las siguientes modalidades de recepción de la obra: la recepción expre-

¹⁶¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus y Lehmann, vol. 2.º, Doctrina especial, parte primera, cit., pp. 534 y 536.

sa, la recepción tácita, la recepción con reservas, la recepción sin reservas, la recepción definitiva, la recepción provisional, la recepción total y la recepción parcial.

A) *La recepción expresa y la recepción tácita*

Estas dos modalidades de recepción aluden a las clases de aprobación de la obra construida por el comitente. La recepción expresa es el resultado de una declaración por escrito o de palabra del comitente aprobando la obra realizada por el contratista. La recepción tácita es deducida de actos que implican necesariamente una aprobación. Nos remitimos a lo afirmado anteriormente sobre la aprobación.

B) *La recepción con reservas y la recepción sin reservas*

Ambos tipos de recepción dependen de que la aprobación de la obra sea pura y simple o bajo reservas, por lo que nos remitimos a lo señalado al abordar la problemática de la aprobación de la obra.

C) *La recepción definitiva y la recepción provisional*

Por influencia de la derogada reglamentación administrativa del contrato de obra (arts 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado y 170 y siguientes del Reglamento General de Contratación del Estado), en la práctica es habitual que, antes de procederse a la recepción definitiva, se lleve a cabo la recepción provisional, que es reconocida por la jurisprudencia (SSTS de 28 de junio de 1958, RA 2516; 25 de junio de 1970, RA 3759; 12 de febrero de 1986, RA 549; 10 de mayo de 1986, RA 2716; 16 de junio de 1994, RA 4927; 22 de marzo de 1997, RA 2189) y la doctrina¹⁶².

¹⁶² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 378; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, 3, cit., p. 305; F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., pp. 72 ss; L. MORENO QUESADA, *Curso de Derecho civil*, II-2.^º Coordinador: B. Moreno Quesada, Valencia, 1998, p. 279; CAPILLA, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, cit., p. 759; RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II-2.^º, Madrid, 1999, p. 193; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 86 ss; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 115 ss; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., pp. 77 ss; RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., p. 871; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 80 ss; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 605; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 79, nota 59.

En contra de la opinión dominante, MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 117-118; *La recepción en el contrato de obra*, cit., pp. 78-79; *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 87) entiende que la recepción provisional no es una auténtica recepción. Si fuese una auténtica recepción, no habría obstáculo alguno para considerar que a partir de la recepción provisional comenzasen los efectos jurídicos que produce la recepción definitiva.

Como señala F. J. Sánchez Calero¹⁶³, la razón que motiva la frecuente existencia de las dos recepciones radica en el interés del comitente en comprobar la perfecta realización de la obra. La simple verificación muchas veces resulta insuficiente para comprobar el modo en que el contratista ha cumplido sus obligaciones, y decidir si procede o no la aprobación. Algunos vicios o defectos sólo se manifiestan mediante el uso de la cosa o el transcurso del tiempo; de ahí, la utilidad y fundamento de la recepción provisional, que da lugar a un período de garantía en favor de los derechos del comitente frente al contratista por razón de la ejecución de la obra, a pesar de su recibo o utilización.

La finalidad de este tipo de recepción es la de obtener por parte del comitente una garantía frente a los vicios o defectos que puedan aparecer por el uso o el transcurso del tiempo. Esto no impide, ni excluye, la verificación de la obra. El comitente antes de aprobar, aunque sea provisionalmente, comprueba si la obra se ajusta a lo convenido en el contrato.

Como indica su nombre, la recepción provisional es una auténtica recepción, semejante a la recepción definitiva, que se efectúa normalmente cuando la obra está terminada o a falta de meros detalles¹⁶⁴, aunque, como es lógico, con determinadas diferencias, que seguidamente vamos a exponer:

1.^a La recepción provisional no es contempla, ni siquiera indirectamente, por nuestro Código civil. Esto determina que el comitente y el contratista han de convenir expresamente la dualidad de recepciones (la provisional y la definitiva). Si falta este convenio, sólo procederá la recepción definitiva. En cambio, la necesidad de ésta es incuestionable, ya que, como afirma Gullón¹⁶⁵, de la misma manera que en toda prestación, para que se entienda ejecutada correctamente, el acreedor necesita que se ajuste expresamente a lo pactado, en el contrato de obra se impone el examen de la misma: su verificación y aprobación. Y ello no sólo por la práctica usual

¹⁶³ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., pp. 72 ss.

¹⁶⁴ La recepción provisional no requiere que la obra esté íntegramente acabada, sino que es posible que falten pequeños trabajos de mínima importancia, no siendo necesario un acabado pleno de los trabajos con ausencia de defecto alguno.

Sin embargo, en el caso de la STS de 20 de octubre de 1989 (RA 6941) se estableció un plazo de garantía de cinco años para la recepción definitiva, a contar desde que tuvo lugar la recepción provisional.

Lo normal es que el plazo de garantía entre la recepción provisional y la definitiva no sobrepase el de un año.

¹⁶⁵ GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial y responsabilidad extracontractual*, cit., p. 270.

(art. 1258), sino por el propio artículo 1592, del que se extrae como consecuencia la necesidad de aquella verificación.

2.^a La recepción provisional puede realizarse aunque la obra no esté totalmente acabada; por el contrario, la recepción definitiva tiene que practicarse cuando la obra está totalmente terminada.

3.^a La recepción definitiva y la recepción provisional tienen un diferente fundamento y cumplen, en consecuencia, diferentes finalidades.

La recepción definitiva determina que el contratista ha cumplido, en principio, correctamente sus obligaciones. Queda liberado de toda responsabilidad, salvo en lo relativo a los vicios ocultos. En cambio, la recepción provisional es una garantía convencional que tiene por objeto comprobar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, ya que a menudo se hace necesario que el tiempo y el uso se encarguen de revelar las posibles deficiencias. La doble recepción representa para el comitente una protección complementaria, ya que dispondrá de un tiempo de garantía con la posibilidad de que, llegado éste, rehúse la recepción definitiva.

La finalidad esencial de la recepción provisional es la comprobación de la correcta ejecución de la obra, por lo que con la misma se inicia un plazo de garantía por vicios o defectos, incluidos los aparentes, en el que, generalmente, el comitente dispone de garantías que aseguren la corrección de defectos (típicamente, la retención de un porcentaje del precio o la constitución de avales, STS de 25 de junio de 1970, RA 3759; STS de 20 de octubre de 1989, RA 6941; STS de 22 de marzo de 1997, RA 2189).

4.^a Los efectos que derivan de la recepción definitiva y de la recepción provisional son lógicamente diversos. Más adelante los expondremos ampliamente.

D) *La recepción total y la recepción parcial*

Cuando el comitente aprueba y recibe la totalidad de la obra construida, se está en presencia de una recepción total; en cambio, cuando el comitente aprueba y recibe una o varias partes de la obra construida, que presentan una propia individualidad y autonomía, la recepción es parcial. La admisibilidad de la recepción parcial se deduce claramente de lo dispuesto en el artículo 1592 del Código civil, al establecer que el que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. Además, el artículo 1169 del mismo texto legal, que sienta el principio de indivisibilidad del pago, facultando al acre-

dor para rechazar el cumplimiento parcial, admite la posibilidad del pago o cumplimiento parcial, si así lo pactan expresamente el acreedor y el deudor.

La recepción parcial procede en tres casos: cuando el comitente y el contratista lo hayan pactado en el momento de la celebración del contrato de obra; cuando el comitente y el contratista lo acuerden durante la ejecución de la obra; y cuando la obra sea por piezas o por medida, a no ser que el contratista renuncie a su derecho a recibir por partes la obra (art. 1592 del Código civil).

La recepción parcial produce, en cuanto a la parte de obra a que se refiere, los mismos efectos que la total; más la afirmación anterior ha de entenderse matizada en los casos en que la obra sea algo distinto a la suma de las partes; así, si aún aprobada la parte de obra ejecutada, aparecen luego defectos de coordinación con el resto de la obra o que se manifiesten sólo una vez finalizada ésta, permanece la responsabilidad del contratista¹⁶⁶.

7. Los efectos de la recepción definitiva de la obra

La determinación de los efectos jurídicos que derivan de la recepción definitiva de la obra es una de las cuestiones más debatidas en la doctrina, tanto española como extranjera, según vimos, y que plantea más problemas. Esto se debe principalmente a las grandes dificultades que presenta la exégesis de los artículos del Código civil que se refieren a las obras por ajuste o precio alzado.

A nuestro juicio, la recepción definitiva de la obra produce los siguientes efectos jurídicos:

1.º La recepción definitiva libera al contratista de toda responsabilidad frente al comitente, salvo en el caso de que la obra construida presente vicios ocultos. Así lo establece nuestra jurisprudencia, si bien la STS de 17 de diciembre de 1964 (RA 5929) afirma que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta el contratista no queda exento de responsabilidad en el caso del artículo 1591 del Código civil (vicios determinantes de ruina).

Se extinguen las pretensiones derivadas de vicios manifiestos o aparentes que no han sido objeto de reservas en el momento de la recepción definitiva por parte del comitente.

¹⁶⁶ SALVADOR CODERCH, *Comentario al Código civil*, II, cit., p. 1198; F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 40; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 330-331; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., p. 86; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 108; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 253.

El citado efecto liberatorio de la recepción definitiva se infiere de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 7 de diciembre de 1996 (RA 9196), 10 de julio de 1995 (RA 5559), 16 de junio de 1994 (RA 4927), 12 de julio de 1994 (RA 6731), 29 de noviembre de 1991 (RA 8575), 20 de octubre de 1989 (RA 6941), 10 de mayo de 1989 (RA 3754), 5 de febrero de 1985 (RA 532), 8 de abril de 1983 (RA 2108), 25 de febrero de 1983 (RA 1076), 21 de diciembre de 1981 (RA 5278), 14 de octubre de 1968 (RA 4386) y 17 de febrero de 1964 (RA 5929).

Con cita de la STS de 10 de mayo de 1989 (RA 3754), la STSJ de Navarra de 30 de abril de 1993 (*Act. Civ. Audiencias*, 1993-4, 1235) afirma que el dueño de la obra debió denunciar el defecto de finalización de la obra, en particular la falta de limpieza final de la misma, antes de su aceptación (arts. 1484, 1589 y 1592 del Código civil), pues por la recepción de la obra sin protesta del contratista, queda liberado el ejecutor de los vicios aparentes o apreciables a simple vista.

Según se desprende de la normativa de nuestro Derecho de obligaciones, el interés del comitente queda satisfecho y, en principio, se produce la liberación del contratista, cuando la obra construida es aprobada y recibida. Ciertamente, la recepción de la obra implica el reconocimiento por el comitente de que el contratista ha cumplido correctamente sus obligaciones. Sin embargo, el contratista debe responder después de aprobada y recibida la obra construida, si ésta presenta vicios que no han podido constatarse en el momento de la recepción definitiva, es decir, presenta vicios ocultos.

El contratista no va a responder si la obra construida presenta vicios aparentes en el momento de la recepción, que no han sido denunciados diligentemente por el comitente.

Nuestro Código civil, a diferencia de otros Códigos civiles, como el Código civil italiano de 1942, artículos 1667 y 1669, el Código de las Obligaciones suizo de 1911, artículo 370, el Código civil portugués de 1966, artículo 1219, y el BGB alemán, parágrafo 640, a los que ya nos referimos en el epígrafe relativo al Derecho comparado, y del citado Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994 (art. 1594), no establece específicamente este efecto. Sin embargo, el mismo tiene un sólido fundamento. Si el comitente observa que la obra construida presenta determinados vicios, debe denunciarlos diligentemente, porque así lo exigen los principios de diligencia y de autorresponsabilidad. Como señala atinadamente Díez-Picazo¹⁶⁷, el

¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, pp. 112-113.

acreedor tiene la carga de un puntual y diligente examen de la prestación ejecutada por el deudor, con la correlativa de denunciar de manera inmediata los vicios y defectos aparentes que en ella existan. El acreedor es titular de la facultad de rehusar la prestación inexacta, cuando en ella faltan los requisitos de identidad e integridad del pago, tal y como establecen los artículos 1166 y 1169 del Código civil. En el Derecho de obligaciones, el acreedor, en el momento del cumplimiento, tiene derecho a la verificación de la prestación, para comprobar que ésta corresponde a la prometida y no adolece de imperfecciones y vicios. Pero esta facultad ha de ser ejercida diligentemente y la falta de diligencia determina que el acreedor pierda aquella facultad. Existen numerosas aplicaciones legales de esta idea, en las que se advierte la regla de que un deudor queda exonerado de responsabilidad, si el acreedor acepta sin protestas, ni reservas, una prestación que sabía que era defectuosa o cuyas características defectuosas hubiera debido descubrir. Este es el caso prevenido en el artículo 1484 del Código civil, según el cual el vendedor no es responsable de los defectos manifiestos de la cosa vendida, de aquellos que estuviesen a la vista o de aquellos otros, que, aunque no lo estén, el comprador hubiera debido fácilmente reconocer. La misma idea aparece en el artículo 336 del Código de comercio, a cuyo tenor, en la compraventa mercantil, el comprador que, al tiempo de recibir las mercancías, las examinase a su contento, no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicios o defectos de cantidad o de calidad de las mercancías. A los vicios ocultos se refiere el artículo 342 del Código de Comercio, que los denomina vicios internos. Una regla semejante es aplicable al arrendamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1553 del Código civil, y a la permuta, a tenor de los artículos 1541 del Código civil y 346 del Código de Comercio¹⁶⁸. Además, en el ámbito de las obras públicas es significativo que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se refiera a la responsabilidad por vicios ocultos de la construcción (art. 148).

El problema que, en rigor, se ha de solucionar consiste en precisar el significado del vicio aparente, ya que, a diferencia de lo que

¹⁶⁸ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 223 ss; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 113; CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 90; CARRASCO, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 253-254; RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., pp. 870 y 875; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 605; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 82; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 58-59 y 88 y 101-102 y 123 y ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 379.

sucede en el marco de la compraventa (art. 1484 del Código civil), no existe en la normativa del Código civil sobre el contrato de obra ninguna precisión sobre el mismo. En relación con la posible aplicación analógica del artículo 1484 del Código civil para resolver el problema, parece oportuno tener en cuenta una importante matización de H. Mazeaud¹⁶⁹, y en general, de la doctrina y la jurisprudencia francesas y del Consejo de Estado francés, expuesta en el epígrafe relativo al Derecho comparado, y, entre nosotros, por Cadarso¹⁷⁰, F. J. Sánchez Calero¹⁷¹ y Martínez de Aguirre¹⁷². No es lo mismo la apariencia del vicio que la apariencia de sus consecuencias. Puede el comitente conocer perfectamente la existencia del vicio en el momento de la recepción, pero escapársele la importancia exacta del mismo. H. Mazeaud¹⁷³ apunta que a los vicios ocultos propiamente dichos, es decir, desconocidos por el dueño en el momento de la recepción, hay que asimilar los defectos que el dueño ha descubierto en el momento de la aceptación, pero sin poder conocer las consecuencias dañosas que en el futuro podían producir. Las razones para mantener la responsabilidad del empresario son, en efecto, las mismas en ambas situaciones. Tanto en una como en otra se puede hablar de vicio oculto *latu sensu*.

De conformidad con esta tesis, el carácter oculto habría que referirlo, en todo caso, no sólo al vicio, sino también a sus consecuencias. De forma que la responsabilidad por vicios o defectos de construcción, tendrá aplicación aun en el caso de vicio aparente, siempre que sus consecuencias dañosas permanezcan inciertas, es decir, que no se manifiesten con toda su intensidad hasta un momento posterior. Hay, sin embargo, que hacer una importante matización para acoger esta tesis: el comitente ha de haber actuado con diligencia, y aún así, las consecuencias de los vicios permanecen inciertas. Con otras palabras, de los vicios advertidos no cabía esperar consecuencias dañosas más graves de las razonablemente previsibles al recibir la obra. Ello es congruente con la carga que pesa sobre el acreedor de llevar a cabo un diligente examen de la prestación ejecutada por el deudor.

En todo caso, hay que tener presente que si el comitente es o no un perito o técnico en el arte de la construcción (cfr. artículo 1484

¹⁶⁹ H. MAZEAUD, «La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux», en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, p. 648.

¹⁷⁰ CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, p. 159.

¹⁷¹ F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 78.

¹⁷² MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 605.

¹⁷³ H. MAZEAUD, La responsabilité contractuelle des entrepreneurs et la réception des travaux, cit., p. 648.

del Código civil), la recognoscibilidad del vicio ha de valorarse teniendo en cuenta esta circunstancia. Si el comitente es un técnico o perito, vicios aparentes son todos aquellos que pueden y deben ser reconocidos por un técnico que actúa con diligencia media.

2.º Es discutible si la recepción definitiva sin protesta alguna al respecto extingue las pretensiones derivadas de la aplicabilidad de cláusulas penales. Se trata de una cuestión de interpretación, aunque puede defenderse la extinción si el supuesto material de incumplimiento para el que se previó la cláusula es aparente, siendo el ejemplo más claro el del retraso que, evidentemente, es siempre manifiesto¹⁷⁴.

3.º La conformidad del comitente en el momento de la recepción definitiva equivale también a la autorización exigida en el artículo 1593 del Código civil para los aumentos de obra (STS de 8 de abril de 1987, RA 2542), pero siempre que los mismos sean aparentes (por ejemplo, mayor volumen de construcción), pues, igual que sucede con los vicios ocultos, no podrían entenderse autorizados aumentos de obra (incrementos de coste) no cognoscibles (por ejemplo, uso de materiales de calidad superior que están ocultos)¹⁷⁵.

4.º La recepción definitiva de la obra construida determina que el comitente debe abonar al contratista el precio convenido (SSTS de 22 de marzo de 1997 (RA 2189), 8 de abril de 1983 (RA 2108), 25 de junio de 1970 (RA 3759) y 17 de diciembre de 1964 (RA 5929)).

El artículo 1599 del Código civil establece que, en defecto de pacto o costumbre, el precio de la obra debe pagarse al hacerse la entrega. Sin embargo, el artículo 1592 del Código civil, que se refiere a las obras por piezas o por medida, dispone, como ya vimos, que se presume aprobada y recibida la parte satisfecha. García Goyena¹⁷⁶ señala que las obras pagadas se tienen por aprobadas y entregadas: *ipsa operis impletio in partes divisa est ex contractu*. Parece, por tanto, que no basta para que el comitente esté obligado a pagar el precio al contratista la materialidad de la entrega o pues-

¹⁷⁴ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1198; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 327-328; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 253.

¹⁷⁵ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 254; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 101.

¹⁷⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pp. 802-803.

ta a disposición, sino que la obra sea recibida por el comitente al ser conforme con la que se proyectó¹⁷⁷.

Como afirma la STS de 22 de marzo de 1997 (RA 2189), el dueño o promotor no puede negar el pago mediante la demora en la aprobación de la obra, de manera que cuando le sea ofrecida, la aceptará o rechazará claramente.

Esta solución es lógica. Téngase en cuenta que el contrato de obra genera una auténtica relación jurídica sinalagmática, lo que determina que el comitente puede negarse al pago del precio, si la prestación ejecutada por el contratista es defectuosa en virtud de la *exceptio non rite adimpleti contractus*. Evidentemente, si la ejecución de la prestación es defectuosa, el demandado puede oponerse y rehusar el cumplimiento de la contraprestación, en tanto que no sean rectificados los defectos¹⁷⁸. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que admite la invocación por el comitente de la citada excepción, que es inherente a los contratos sinalagmáticos. Según la STS de 14 de junio de 1980 (RA 3299), el comitente puede rehusar el pago del precio que se le reclame, tanto si el contratista no le ha hecho entrega o no pone la obra a su disposición (*exceptio non adimpleti contractus*), como si solamente ha cumplido en parte o tratado de cumplir de un modo defectuoso su obligación de entrega (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Si bien, como señalan Flamme y Flamme¹⁷⁹, no es extraño que el comitente alegue vicios inexistentes para negarse a pagar el precio convenido.

Como pone de relieve atinadamente Linares¹⁸⁰, el planteamiento que mantiene que el pago debe producirse cuando se dé la recepción definitiva de la obra tiene a su favor los siguientes argumentos: 1.º) Aunque el artículo 1599 del Código civil dispone literalmente

¹⁷⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 378, nota 2; RIVERO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho civil*, II-2.º, cit., p. 193; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 65 y 95; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 146 ss; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 107-108; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 254; RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., pp. 871-872; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 605; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., pp. 82, 88, 89 y 90; SANTOS BRIZ, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», cit., pp. 394 ss; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, II, cit., pp. 1197 ss; CABANILLAS, *La recepción de la obra*, cit., pp. 308 ss; RUIZ RICO-RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, Universidad de Jaén, 1995, p. 153.

¹⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 694; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 114.

¹⁷⁹ FLAMME y FLAMME, *Le contrat d'entreprise, 10 ans de jurisprudence (1966-1975)*, Bruxelles, 1976, p. 30.

¹⁸⁰ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., pp. 89-90.

que la obra deberá pagarse al hacerse *la entrega*, no debe perderse de vista que en el contrato de ejecución de obra las obligaciones de ejecutar la obra y de pagar el precio son recíprocas, esto es, son interdependientes y, por lo tanto, que existe un nexo causal entre el deber de prestación de una y el de la otra, lo que fácilmente se puede constatar con la lectura del artículo 1544 del Código civil; 2.º) admitido lo anterior, parece coherente reconocer que la obligación de pagar el precio y su consiguiente prestación habrá de cumplirse cuando la otra parte, contratista, haya cumplido con la suya de ejecutar la obra. Siendo esto así, dado el régimen de reciprocidad que existe entre la prestación del contratista y la prestación del comitente, parece igualmente admisible entender que si el deber de pagar el precio es contraprestación del deber de ejecutar la obra, el comitente antes de verse obligado a cumplir con su prestación manifieste a través de la recepción definitiva que el contratista ha cumplido a satisfacción con su correlativa prestación consistente en la ejecución de la obra pactada. No entenderlo así, y defender que puesto que el artículo 1599 del Código civil utiliza el término *entrega* basta con que el contratista ponga en poder o a disposición del comitente la obra ejecutada para que éste tenga ya desde ese momento, y por este simple hecho, que abonar el precio convenido para la misma, sería tanto como permitir desmontar, por voluntad de una de las partes, el carácter recíproco con el que surgieron las obligaciones de ejecutar la obra y de pagar el precio, porque en aquellos casos en los que entregada la obra ésta no estuviese bien hecha¹⁸¹, y por lo tanto que el contratista no cumplió con su prestación debida, el comitente se vería, pese a todo, avocado, al existir entrega, a cumplir con la suya de pagar el precio, lo que a todas luces sería una inconsecuencia, por cuanto el régimen de reciprocidad supone, salvo que un acuerdo entre las partes lo altere, que haya una ejecución simultánea de las prestaciones, y si una de ellas no está cumplida es claro que la otra no tiene por qué entrar en su fase de ejecución, porque de ser así no se daría simultaneidad en el cumplimiento.

Cuando el comitente se opone al pago de la obra porque entiende que el contratista ha ejecutado de forma incorrecta o defectuosa la obra, para que la excepción de contrato no cumplido adecuadamente tenga éxito es necesario que el defecto o defectos constructivos sean de cierta importancia o trascendencia en relación con la

¹⁸¹ Hay que aclarar aquí que cuando se hace referencia a que la obra no estuviese bien hecha se quiere significar que existe incumplimiento de la obligación y no meras deficiencias que no permiten en modo alguno hablar de verdadero incumplimiento.

finalidad perseguida, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente. Lo que en ningún caso puede hacer el comitente es alegar dicha excepción e incumplir con su obligación de pago cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad con relación a lo demás ejecutado¹⁸².

Ciertamente, el comitente no puede evitar en tal caso el pago del precio oponiendo la excepción de incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contratista, pues ello sería contrario a la buena fe exigida por el artículo 1258 del Código civil. Sólo le cabrá efectuar reservas a fin de que sean corregidos los defectos observados.

Los defectos de construcción de poca importancia o trascendencia, de tal forma que la obra entregada no aparece como impropia para satisfacer el interés del comitente ni acusa defecto alguno que permita resolver el contrato, no eximen al comitente de abonar el precio adeudado (SSTS de 12 de junio de 1998, RA 4130; 8 de junio de 1996, RA 4833; 8 de junio de 1996, RA 4831 y 17 de abril de 1976, RA 1811).

No procederá aumento del precio por las actuaciones posteriores a la recepción, si tienen como fin corregir defectos constructivos, ya que dichas intervenciones no constituyen aumento de obra, sino prestación debida para el cumplimiento correcto (SSTS de 15 de junio de 1994, RA 4925 y 21 de junio de 1993, RA 4710).

La recepción de la obra sin reserva alguna, incluye los aumentos de obra y procede el pago del precio de tales aumentos (SSTS de 10 de octubre de 1994, RA 7471 y 8 de abril de 1987, RA 2542).

5.º La facultad del comitente de desistir a la construcción de la obra, prevista por el artículo 1594 del Código civil, a cuyo tenor, el dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella, no cabe, por pura lógica, una vez que ha tenido lugar la recepción de la obra, pues su objeto material es una obra todavía no realizada o realizada sólo en parte¹⁸³.

El artículo 1591 del Código civil dispone que, en caso de ruina del edificio por vicios de la construcción, del suelo o de la dirección, el plazo de diez años se cuenta desde que concluyó la construcción, que, en rigor, se considera producida jurídicamente cuando tiene lugar la recepción de la obra¹⁸⁴, de tal manera que es un

¹⁸² Cfr. FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 95.

¹⁸³ SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, II, cit., p. 1198; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 82.

¹⁸⁴ CABANILLAS, La «recepción de la obra», pp. 307-308; CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», ADC, 2000,

efecto de la misma que el plazo de garantía decenal se compute desde la recepción definitiva. Sin embargo, el artículo 1591 del Código civil ha sido derogado por la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁸⁵, por lo que más adelante examinaremos cómo opera la recepción de la obra en relación con los plazos de garantía por vicios o defectos de construcción en el edificio que prevé el artículo 17.1 de esta Ley.

La recepción definitiva de la obra sólo produce los efectos señalados. No obstante, algunos autores atribuyen además a la misma otros importantes efectos jurídicos. Se dice que la recepción definitiva determina la transferencia del riesgo¹⁸⁶ y de la propiedad de la obra construida al comitente¹⁸⁷, lo cual es admitido por diversos autores en los ordenamientos extranjeros a que hemos hecho referencia en el epígrafe relativo al Derecho comparado.

No podemos compartir este punto de vista. Según disponen los artículos 1589 y 1590 del Código civil, el riesgo se transmite al comitente en el momento en que el contratista le entrega la obra construida. Es decir, cuando ésta ha sido terminada y se encuentra a su disposición.

Los artículos 1589 y 1590 establecen la mora del comitente en recibir la obra construida. Si el contratista pone a disposición del comitente la obra construida en el tiempo y lugar fijados, y éste se retrasa en hacerse cargo material de la misma, son de aplicación los citados preceptos, ya que ha existido morosidad en recibirla por parte del comitente.

p. 472, nota 118, con exhaustiva información doctrinal; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 605; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 82; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 104.

¹⁸⁵ Sobre la derogación del artículo 1591 del Código civil por la Ley de Ordenación de la Edificación, una amplia argumentación por CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 406 ss. También DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 2001, pp. 380 ss.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato del arquitecto en la edificación*, cit., p. 204; CAPILLA, *Derecho civil. Obligaciones y contratos*, cit., p. 759; SANTOS BRIZ, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», cit., pp. 393-394; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Anotaciones al Derecho de obligaciones de Ennecerus y Lehmann, vol. 2.º, *Doctrina especial*, primera parte, cit., p. 535; CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 59; SALVADOR CODERCH, *Comentario al Código Civil*, II, cit., p. 1197; F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 79; RUIZ RICO-RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., p. 145; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 95-96; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 65 y 155; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., p. 82.

¹⁸⁷ RUIZ RICO-RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., pp. 154 ss; MONTFORT, «Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000, n.º 5, p. 124; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, cit., pp. 73, 77 y 81.

La interpretación teleológica de los artículos 1589 y 1590 justifica plenamente que el riesgo sea soportado por el comitente a partir del momento en que la obra le es entregada. Es sencillo comprender esto, si tenemos en cuenta que la entrega de la obra construida presupone los siguientes hechos: a) el contratista ha cumplido la obligación de entregar la obra construida en el tiempo y lugar fijados; b) la razón de que el contratista soporte el riesgo del perecimiento fortuito de la obra hasta que la entregue al comitente, reside en que su prestación es de resultado¹⁸⁸. Si la obra ha sido terminada en el plazo convenido y correctamente construida, no cabe duda que el resultado ha sido logrado. En caso de que la misma haya sido entregada al comitente y que, antes de ser aprobada¹⁸⁹, perezca por un evento fortuito, ¿es lógico que el contratista soporte el riesgo de su perecimiento? La respuesta sólo puede ser negativa¹⁹⁰.

Con independencia de que el comitente adquiera la propiedad de la obra de manera originaria o derivativa, en ningún caso la adquirirá en el momento de la recepción definitiva de la obra.

Los partidarios de la adquisición originaria defienden que el comitente adquiere la propiedad de la obra a medida que ésta se construye, teniendo en cuenta las reglas generales de la accesión (arts 353 y siguientes del Código civil) o afirmando que existe una concorde voluntad de las partes, plasmada en el contrato, de que la cosa nueva sea y nazca de propiedad del comitente (arts. 1255 y 1258 del Código civil)¹⁹¹. En esta dirección la importante STS de 28 de noviembre de 1973 (CL 524).

¹⁸⁸ CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, pp. 60 ss.

¹⁸⁹ Entre la entrega o puesta a disposición y su aprobación, suele mediar un lapso de tiempo, necesario para que el comitente pueda comprobar si aquélla se ajusta a lo convenido en el contrato de obra.

¹⁹⁰ Esta argumentación es reproducida por DEL ARCO Y PONS (*Derecho de la construcción*, cit., pp. 363-364), si bien subrayan que la doctrina más usual mantiene que la recepción definitiva determina la transferencia del riesgo de la obra construida al comitente.

También LUCAS FERNÁNDEZ (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XX-2.º, cit., p. 259) considera que la entrega es bastante, si ha cumplido bien el contratista, para que por sí sola produzca el efecto de liberarle de los riesgos del perecimiento (art. 1589 del Código civil).

CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249) señalan que con la sola puesta a disposición de la obra terminada se produce el traspaso de riesgos por pérdida fortuita (cfr. artículos 1589 y 1590 del Código civil).

FISAC DE RON (*El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 130) afirma que la puesta a disposición o entrega de la obra es el acto que transfiere el riesgo de la obra, puesto que ese es el momento en que el contratista presenta el resultado, que es a lo que se ha comprometido.

¹⁹¹ CABANILLAS, «La recepción de la obra», cit., p. 311; CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., pp. 60-61; DÍEZ-PICAZO, «Posesión y contrato de obra», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pp. 245 ss.; F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., pp. 202 ss.; SAGARDOY,

Los preceptos que regulan el riesgo en el contrato de obra (arts. 1589 y 1590 del Código civil) no se refieren a la cuestión de la adquisición originaria o derivativa de la propiedad de la obra por el comitente, sino a la incidencia del *periculum rei* y el *periculum obligationis* en el marco del contrato de obra. Estas normas tienen su fundamento en el carácter sinalagmático del vínculo que une a las partes y en la configuración de la prestación del contratista como prestación de resultado.

A la idea de entrega, utilizada por los artículos 1589 y 1590 del Código civil, no se le puede dar el mismo alcance que esta idea tiene en la compraventa y en el sistema general de transmisión de la propiedad. No hay base, simplemente con los artículos 1589 y 1590 en la mano, para sostener que la entrega de la obra sea un acto de transmisión de la titularidad de los derechos sobre los bienes –que antes ostentara el constructor–, ni para que sea siquiera un traspaso posesorio. En los preceptos citados es únicamente un trámite de liquidación de una relación obligatoria. En definitiva, un pago.

En la relación obligatoria derivada de un contrato de obra, la obra inmobiliaria en curso de construcción es en todo momento propiedad del propietario del suelo, y que no hay en momento alguno una inicial propiedad del constructor, que *a posteriori* se transmita al dueño del suelo. El constructor, como contratante ligado en virtud de una relación obligatoria, adquiere unos derechos que en rigor son derechos de crédito, que se cifran o concretan en la retribución estipulada. Y que son además unos derechos especialmente garantizados. La específica garantía del constructor se produce por el cauce del carácter refaccionario del crédito ex artículo 1923 del Código civil. El crédito refaccionario anotado en el Registro de la Propiedad puede dar lugar a una forma especial de garantía real. Pero será siempre un derecho real de garantía del crédito y nunca una titularidad dominical sobre la obra¹⁹².

Numerosos autores distinguen entre el régimen de adquisición del dominio sobre una cosa mueble, y el referente a las obras de construcción de inmuebles. En el primer caso, la propiedad de la cosa mueble corresponde al contratista que aportó los materiales, y sólo pasará al comitente una vez que se produzca la entrega y recepción correlativa, mientras que en el segundo, se adquiere automáticamente a medida que los materiales se incorporan al suelo.

«Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra», ADC, 1964, pp. 56 ss; MUCIUS SCAEVOLA, *Derecho civil*, XXIV, 2.ª edición revisada, corregida y aumentada por Rodríguez Arias, Madrid, 1951, pp. 152 ss.

¹⁹² DÍEZ-PICAZO, «Posesión y contrato de obra», cit., pp. 245 ss.

Esta solución ha sido consagrada legalmente, como vimos, por el Código civil portugués (art. 1212) y constituye la tesis dominante en el Derecho italiano, como expusimos en el epígrafe relativo al Derecho comparado.

No faltan tampoco autores que rechazan la aplicación de las reglas de la accesión y defienden que la teoría del título y el modo se aplica en todo caso en el marco del contrato de obra¹⁹³. No rigen directamente los preceptos de la accesión, porque existe un vínculo contractual entre las partes implicadas¹⁹⁴. Junto a ello, el artículo 609 del Código civil incluye la *traditio* como modo específico de convertirse en propietario, sin excluirse en ningún momento al contrato de obra. Las normas dedicadas a este contrato (arts. 1588 y siguientes del Código civil) tampoco establecen un momento específico de transferencia del dominio.

No tiene el más mínimo sentido distinguir el régimen de adquisición según que la obra se refiera a bienes muebles o inmuebles, y atribuir el dominio de los muebles mediante la *traditio* y el de los inmuebles, mediante la accesión. La ley, al regular el contrato de obra, así como los modos de adquirir el dominio mediante la tradición, en ningún momento hace esta distinción entre muebles e inmuebles. Luego por lógica debe existir un régimen unitario tanto para muebles como para inmuebles, y ese régimen no puede ser otro que el general del título y el modo.

Ruiz-Rico Ruiz¹⁹⁵ se plantea si no es más correcto interpretar que es con la recepción de la obra (concretamente, con la llamada recepción definitiva), y no con la entrega material (o simbólica o instrumental), como se produce la transferencia de la propiedad.

Este autor cree que es sensato inclinarse por la identificación entre recepción definitiva y *traditio* a efectos de la transmisión dominical. Conviene a estos efectos tener en cuenta que en general la *traditio* exige, en cualquiera de sus formas, junto a la voluntad de entregar del que paga, una voluntad de recibir por

¹⁹³ RUIZ RICO-RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., pp. 143 ss; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 254; GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, en colaboración con Carrasco y Cordero Lobato, cit., p. 144; GARCÍA CONESA, *Derecho de la construcción*, cit., p. 311; MONFORT, «Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones», cit., pp. 123-124; ALBACAR, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, Madrid, 1995, p. 1562; LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., pp. 66 ss.

¹⁹⁴ La voluntad de las partes reflejada en el contrato de obra desplaza la aplicación de las normas que regulan la accesión y en consecuencia éstas no resultan aplicables en orden a determinar la titularidad dominical de contratista o comitente sobre la obra en cuestión.

¹⁹⁵ RUIZ RICO-RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., pp. 152 ss.

parte del receptor. Es sólo con la recepción definitiva cuando se manifiesta explícitamente la voluntad de recibir la obra, y por ello debe ser en ese momento cuando se adquiera el dominio por tradición, aun cuando la entrega se pudiese haber efectuado con anterioridad.

Completan este punto de vista las dos siguientes consideraciones en favor de la recepción definitiva: 1) ¿Podemos pensar que el comitente se querría a sí mismo como propietario de una edificación ya entregada materialmente (aunque sin producirse aún la recepción definitiva) aunque gravemente defectuosa? Obviamente no. Luego es mucho más coherente mantener que el momento de la recepción definitiva es el que debe marcar la fecha de la transmisión del dominio al comitente. 2) Utilizar la recepción definitiva como momento de transferencia del dominio podría estar de acuerdo con una reciente corriente jurisprudencial, manifestada en la STS de 20 de octubre de 1989, en donde se admite una idea amplia y flexible de la *traditio* (concretamente se habla de «un progresivo proceso de espiritualización» en las formas de *traditio*). Cabe decir, sin embargo, en contra de esta línea, que puede resultar bastante peligrosa, como ha defendido Manzanares Secades, al comentar esta sentencia¹⁹⁶.

Monfort¹⁹⁷ entiende también que si los materiales pertenecen al contratista, para que el comitente adquiera la obra será necesaria la entrega, entendiéndola en este caso como entrega y aceptación, aplicándose de lleno la teoría del título y el modo.

Según Linares¹⁹⁸, la recepción definitiva de la obra, además de un efecto jurídico obligacional, produce otro, jurídico real, pues la recepción definitiva de la obra cierra el mecanismo de transmisión, que basado en el sistema del título y el modo permite que la titularidad dominical sobre la obra pase a corresponder al comitente. Mecanismo de transmisión del derecho de propiedad sobre la obra en el que el título lo proporciona el mismo contrato de obra celebrado entre contratista y comitente, y en su aspecto espiritual o intencional, con la entrega de la obra en el *tradens* (contratista), que encierra su intención de transmitir el derecho de propiedad que sobre ella le corresponde, y con la recepción de la misma por parte del comitente en la medida en que ésta revela su voluntad de adquirir ese derecho real en el *acciens* (comitente).

¹⁹⁶ CCJC, núm. 21, pp. 990 ss.

¹⁹⁷ MONFORT, «Adquisición de la propiedad en el contrato de obra y restitución de las prestaciones», cit., p. 124.

¹⁹⁸ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., pp. 73, 77 y 81.

Linares¹⁹⁹ subraya que en esta misma línea se muestra Ruiz Rico-Ruiz²⁰⁰, al observar que en general la *traditio*, a juicio de los autores, exige, en cualquiera de sus formas, junto a la voluntad de entregar del que paga, una voluntad de recibir por parte del receptor. Es sólo con la recepción definitiva cuando se manifiesta explícitamente la voluntad de recibir la obra, y por ello debe ser en ese momento cuando se adquiera el dominio por tradición, aun cuando la entrega se pudiera haber efectuado con anterioridad.

A nuestro juicio, aunque se mantenga la adquisición derivativa del dominio en el marco del contrato de obra, no puede compartirse la argumentación expuesta para justificar que la propiedad de la obra se transmite al comitente cuando tiene lugar la recepción definitiva (o la entrega y aceptación de la obra).

Hay que tener en cuenta que, si el de obra es un contrato transmisor de dominio, como sostienen algunos autores, y no existiendo en la normativa sobre este contrato reglas legales estableciendo peculiaridades en la *traditio*, habría que inclinarse por aplicar la fórmula general de adquisición con la simple entrega de la cosa (cfr. art. 609 del Código civil).

En la medida en que, como se infiere de los artículos 1589 y 1590 del Código civil, el punto de partida de la transferencia de los riesgos al comitente, por pérdida o destrucción de lo realizado, es el de la entrega, y no el de la recepción definitiva, parece lógico entender que la transmisión de la propiedad de la obra que se conecta por Ruiz-Rico Ruiz y otros autores al problema de los riesgos (*res perit domino*)²⁰¹ tenga lugar en el momento de la entrega.

No por el hecho de que se reconozca doctrinal y jurisprudencialmente la figura de la recepción, hay por fuerza que llegar a la conclusión de que el momento de adquisición del dominio por el comitente debe ser ése, alterando el sistema general de transmisión contractual mediante título y modo. Por lo pronto, la carencia en el Código civil de una normativa suficientemente diáfana sobre el alcance del término «recepción» constituye ya por sí misma un importante inconveniente para aceptar esa idea. Junto a ello, no es oportuno acoger esta posibilidad si se sostiene que estamos ante uno de esos «ciertos contratos» de que habla el artículo 609 del Código civil, en los que la propiedad se transfiere por alguno de los

¹⁹⁹ LINARES, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, cit., p. 81, nota 67.

²⁰⁰ RUIZ-RICO RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., pp. 154 ss.

²⁰¹ RUIZ RICO-RUIZ, *Las garantías del contratista de inmuebles*, cit., pp. 75 ss; BADO-SA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 197-214.

medios conocidos de *traditio*, entre los que no se encuentra la recepción tal como la concibe la doctrina y la jurisprudencia.

Con toda razón, Martínez Mas²⁰² plantea exclusivamente la cuestión de si la entrega de la obra equivale a la transmisión de la propiedad, señalando que íntimamente relacionado con el tema de la entrega de la obra se encuentra el problema del momento de la adquisición de la obra por parte del promotor (comitente).

Aunque se acoga la tesis de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra por el promotor (comitente), que no es la dominante en la doctrina, el contratista adquiere la propiedad de la obra a título originario y, posteriormente, a consecuencia del contrato de obra, la obra es adquirida a título derivativo por el comitente con la entrega de la misma. Esta tesis sigue la teoría del título y el modo, en cuanto que el contrato de obra es título traslativo de la propiedad y la entrega es el modo de adquisición.

En este sentido se pronuncia la mayor parte de los autores que perfilan los efectos de la recepción definitiva de la obra. Entre estos efectos no se suele mencionar el de la transmisión de la propiedad de la obra construida al comitente. Por consiguiente, tanto se defiende la tesis de la adquisición originaria, que es la más convincente, a nuestro juicio, de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra por el comitente, la recepción definitiva de la obra no determina dicho efecto jurídico.

8. Los efectos de la recepción provisional de la obra

Tampoco es fácil precisar los efectos que derivan de la recepción provisional, debido fundamentalmente a la circunstancia de que nuestro Código civil no contempla la recepción provisional. En todo caso, como declara la STS de 10 de mayo de 1986 (RA 2716), no es aplicable a la recepción provisional de una obra privada lo dispuesto para la contratación pública y por lo tanto no han de reconocérsele a la recepción provisional otros ni más efectos que los expresamente pactados.

Consideramos que la recepción provisional produce los siguientes efectos jurídicos:

1.º La recepción provisional es el punto de partida del plazo de garantía convencional. Plazo que tiene la duración pactada por los contratantes –suele ser de seis meses o de un año– y termina

²⁰² MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 60-61.

con la recepción definitiva. El comitente podrá controlar durante el mismo la solidez y el funcionamiento de la obra. Si en el momento en que tiene lugar la recepción provisional o durante el plazo de garantía el comitente advierte alguna deficiencia podrá denunciarla al contratista para que la subsane. Terminado el plazo, el comitente procederá a la recepción definitiva.

2.º La recepción provisional no cubre los vicios aparentes, pues, desde el momento en que las partes estipulan una doble recepción y un plazo de garantía, debe entenderse que el comitente se reserva el derecho de examinar la obra durante ese tiempo y de hacer efectiva la responsabilidad del contratista por cualquier clase de vicios que en ella se noten.

La recepción provisional no exonera de responsabilidad al contratista respecto a los vicios aparentes que no han sido denunciados diligentemente por el comitente²⁰³. Como observan Díez-Picazo y Gullón²⁰⁴, salvo que otra cosa se haya pactado, la recepción provisional no debe de liberar al contratista de ninguna clase de defectos de la obra, pues es tiempo que en realidad se toma para verificarla y examinarla. Transcurrido el plazo entre la recepción provisional y definitiva y no denunciado por el comitente ningún vicio, debe proceder a esta última, que no libera al contratista sino de los vicios que aquél conoció o pudo conocer en el espacio temporal anterior.

Las sentencias del TS de 16 de junio de 1994 (RA 4927) y 20 de octubre de 1989 (RA 6941), que contemplan la recepción provisional, señalan que esta Sala (STS de 25 de junio de 1970, RA 3759) atribuye sólo a la recepción definitiva efectos liberatorios para el contratista.

3.º El comitente podrá compelir al contratista a reparar los vicios o defectos denunciados en el momento de la recepción provisional y los que se manifiesten en el transcurso del plazo que separa las dos recepciones.

4.º A los efectos del plazo de ejecución debe reputarse concluida la obra. Las sanciones que podrían imponerse por el retraso (por ejemplo, una cláusula penal) en la conclusión de la obra serán ya inaplicables.

²⁰³ En cambio, F. J. SÁNCHEZ CALERO (*El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., pp. 76-77) considera que la aceptación provisional libera al contratista de responsabilidad por vicios aparentes no denunciados. También FISAC DE RON (*El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., pp. 84-85 y 111) estima que existe una obligación del comitente de resaltar los vicios o defectos manifiestos en el momento de la recepción de la obra, la cual se basa en la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales.

²⁰⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 378.

Lógicamente, no se puede atribuir a la recepción provisional efectos jurídicos que son propios de la entrega y de la recepción definitiva de la obra, ya que se trata de actos jurídicos diversos. En este sentido, no determina la transferencia de la propiedad de la obra al comitente, ni la del riesgo del perecimiento fortuito de la obra al comitente²⁰⁵.

Tampoco existe base para sustentar que la recepción provisional de la obra implica que el comitente debe pagar el precio al contratista, por las razones expuestas al conectar este efecto a la recepción definitiva de la obra²⁰⁶.

VI. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

1. Consideraciones generales

En relación con las obras de edificación²⁰⁷, la Ley de Ordenación de la Edificación regula, dentro del capítulo II referente a las «exigencias técnicas y administrativas de la edificación», la recepción de la obra en el artículo 6, aludiéndose a ella también en otros preceptos, como los artículos 7, 9 i), 9.2 c), 11.2 f), 17.1 y 19.2 b).

Con la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación se ha mejorado en buena medida la insuficiente regulación que la recepción de la obra tiene en el Código civil (arts. 1592 y 1598)²⁰⁸. El legislador es consciente de la enorme importancia jurídica que tiene la recepción de la obra en el proceso de la edificación, señalándose en la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación que se regula el acto de recepción de la obra, dada la importancia que tiene en relación con el inicio

²⁰⁵ Sin embargo, F. J. SÁNCHEZ CALERO (*El contrato de obra. Su cumplimiento*, cit., p. 77) señala que, con la aceptación provisional, los riesgos que antes pesaran sobre el contratista (arts. 1589 y 1590 del Código civil) pasan al comitente.

En el mismo sentido, DE LA CÁMARA MINGO, «El arrendamiento de obras y servicios», cit., p. 609.

²⁰⁶ Sin embargo, de manera aislada, ALBÁCAR (*Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, V, cit., p. 1684) señala que cabe preguntarse si la entrega a que se refiere el artículo 1599 del Código civil es la provisional o la definitiva. Nos inclinamos por la primera de las opciones, siempre que, cuando se entregue la obra, se halle concluida. Y ello sin perjuicio de las reclamaciones que el comitente puede hacer al contratista en el caso de vicios o defectos de la misma.

²⁰⁷ El artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación establece cuáles son las obras de edificación a las que se aplica esta Ley y que, por consiguiente, configuran su ámbito de aplicación.

²⁰⁸ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249.

de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en esta Ley²⁰⁹.

Como observan Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena²¹⁰, la preocupación de la Ley del Ordenación de la Edificación por disciplinar con detalle este concreto acto (la recepción de la obra) se explica a la luz de su relevancia multidireccional, visto que por su través, no sólo se certifica el fin del proceso constructivo en cuanto tal, y en su virtud los efectos jurídicos correspondientes, lo que en la lógica de la Ley justifica la observancia de determinadas formalidades en aras a la certeza y la seguridad jurídica, sino que, además y como consecuencia de ello, resulta la recepción punto de conexión óptimo para enlazar con el régimen de responsabilidades y garantías, pieza angular y verdadera novedad del sistema legal en su conjunto.

Seijas²¹¹ pone también de relieve como la Ley de Ordenación de la Edificación, en el artículo 6, se ocupa de la recepción de la obra de una forma novedosa.

A la hora de disciplinar la recepción de la obra se aprecia una indudable influencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995, modificada por la Ley de 28 de diciembre de 1999, que deroga a la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, desarrollada por el Reglamento General de Contratación del Estado de 19 de septiembre de 1967. Recientemente se ha publicado, como ya dijimos, el Real Decreto Legislati-

²⁰⁹ Esta gran importancia de la regulación del acto de la recepción de la obra por la Ley de Ordenación de la Edificación es también destacada, como es lógico, por la doctrina. Por todos, RAMÍREZ GALLARDO, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, Madrid, 2000, p. 35; MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, Madrid, 2000, pp. 282 y 296; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, Valencia, 2000, pp. 181 y 196; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 72; PORTO REY, *Aspectos técnicos de la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000, p. 67; RAYÓN, «El artículo 1591 del Código Civil y la nueva Ley de Ordenación de la Edificación: un salto normativo de más de un siglo», en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, II, Madrid, 2000, p. 1599; XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Directores: Fernández Valverde y Díez Delgado. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000. p. 52.

Concretamente MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 72) afirma que uno de los aspectos más positivos de la Ley de Ordenación de la Edificación es haber dado una mayor importancia y trascendencia jurídica a la recepción de la obra.

²¹⁰ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 52.

²¹¹ SEIJAS, «La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación», en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Directores: Fernández Valverde y Díez Delgado. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 122.

vo de 16 de junio de 2000 que aprueba al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que disciplina la recepción de la obra básicamente en los artículos 110 y 147.

Como observa González Carrasco²¹², en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, y pese a la tramitación de ésta en procedimiento de urgencia, ya ha entrado en vigor la Ley de 28 de diciembre de 1999, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que aporta soluciones de origen jurisprudencial que bien podrían haberse coordinado con la tramitación parlamentaria del artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación. En concreto, la sucesión temporal existente entre el certificado de finalización de obra y la recepción, la posibilidad de pactar –siguiendo el modelo del modificado artículo 147 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas– una duplicidad de recepciones (provisional y definitiva), así como la regulación de la recepción presunta por ocupación de la obra antes de la recepción formal.

Con sentido crítico, Porto Rey²¹³ puntuiza que aunque la Ley de Ordenación de la Edificación regula en el artículo 6 el acto de la recepción de la obra de forma análoga a lo establecido para la recepción de las obras en los contratos de este tipo efectuados por las Administraciones Públicas (arts. 111.2 y 147 de la Ley 13/1995, de 13 de mayo), lo hace sin haber reflexionado que no es lo mismo la Administración Pública que un promotor privado, lo cual aporta una serie de consecuencias imprevistas en la Ley de Ordenación de la Edificación.

Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena²¹⁴ ponen de relieve que la densidad de la regulación sobre la recepción de la obra (art. 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación), producto de la pluralidad de fines que se persiguen y la minuciosidad de los mecanismos puestos a su servicio, cuya importancia en la economía de la Ley resulta ocioso enfatizar, se resuelve de manera que, en términos generales, cabría valorar como técnicamente deficiente, por la multiplicidad de problemas interpretativos que genera respecto de una materia especialmente sensible por su carácter crucial.

Se advierte igualmente una cierta influencia del Derecho comparado, fundamentalmente de la normativa que aparece en el Códí-

²¹² GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 143.

²¹³ PORTO REY, *Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 67.

²¹⁴ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 53.

go civil francés, procedente de la Ley de 4 de enero de 1978, denominada Ley Spinetta, a la que ya nos hemos referido con amplitud en el epígrafe relativo al Derecho comparado, la cual establece un régimen especial para el contrato de empresa cuyo objeto es una obra inmobiliaria. En este caso, existe una reglamentación específica sobre la responsabilidad de los constructores (arts. 1792 a 1792.6 y 2270 del Código civil), y en concreto, sobre la recepción de la obra (art. 1792.6 del Código civil).

2. El concepto de recepción de la obra

A tenor del artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste.

Las partes necesarias de la recepción de la obra son el constructor y el promotor, que son definidos por la Ley de Ordenación de la Edificación de la siguiente manera: El constructor es el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato (art. 11.1), siendo considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título (art. 9.1).

El constructor viene a ser el contratista y el promotor actúa como comitente, que son las partes del contrato de obra, y por tanto, como vimos anteriormente, los sujetos que intervienen en la recepción de la obra. Es muy significativo que la propia Ley de Ordenación de la Edificación, al disciplinar la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación por vicios o defectos de construcción, en lugar de utilizar el término promotor, como hace el artículo 6, se refiera, en el artículo 17.1, a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en caso de que sean objeto de división, computándose los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal desde la fecha de la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, con lo cual existe una clara similitud, en la propia Ley de Ordenación de la Edificación, entre el promotor, al que se refiere el artículo 6, y el propietario del edificio, que viene a ser el comitente.

La necesidad de que intervengan necesariamente en la recepción de la obra el promotor y el constructor confiere a la misma un marcado carácter contradictorio, en línea con lo establecido en el ámbito de las obras públicas por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 147.1) y la solución acogida en el Derecho francés (art. 1792.6 del Código civil), donde la doctrina destaca el carácter contradictorio de la recepción de la obra, según expusimos en el epígrafe referente al Derecho comparado.

Martínez Mas²¹⁵ considera incluso que del contenido del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación se desprende que la recepción es un acto jurídico bilateral, en cuanto que es necesaria la participación del promotor y del constructor.

La recepción de la obra es un acto debido, en cuanto que si después de comprobar y verificar la obra el promotor reconoce que se ha realizado correctamente, está obligado a recibir la obra. En este sentido, la Ley de Ordenación de la Edificación sólo permite que el promotor pueda rechazar la recepción de la obra en dos supuestos: cuando considere que la obra no está terminada y cuando la obra no se ajuste a las condiciones pactadas. En ambos casos, es necesario que el promotor motive su rechazo.

Dentro del proceso de recepción de la obra se distingue entre la conclusión de la obra, la entrega, la verificación, la aprobación y la recepción propiamente dicha.

Para que proceda la recepción de la obra es preciso que la obra esté concluida, es decir, que esté terminada. La conclusión material de la edificación se produce con la extensión del certificado final de la obra, que es competencia del director de la obra y del director de su ejecución. La conclusión de la edificación debe ser notificada por escrito al promotor (art. 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación), lo cual ya era práctica habitual en este sector.

La terminación de la obra constituye una condición indispensable para que la obra pueda ser puesta a disposición del promotor (entrega) y que éste la reciba (recepción).

La Ley de Ordenación de la Edificación guarda silencio sobre el plazo en que el constructor ha de comunicar al promotor que ha tenido lugar la terminación de la obra. Pero como observa Martínez Mas²¹⁶, dicha comunicación ha de realizarse tan pronto como tenga

²¹⁵ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 81-82.

²¹⁶ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 128.

conocimiento el constructor de que la dirección facultativa ha suscrito el correspondiente certificado final de obra.

En este sentido, Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco²¹⁷ señalan que una vez terminada la obra, los técnicos directores [arts. 12.3 e) y 13.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación, 5.1 del D. 462/1971] deberán suscribir el certificado final de obra (cfr. art. 6.4). Tanto antes como después de la Ley de Ordenación de la Edificación este certificado no es de por si un acto aprobatorio de la obra —que es algo que, en su caso, tendrá que hacer el comitente—, pues su única función es acreditar que la obra se ha terminado. Ahora bien, por pacto es posible que las partes hayan determinado que la certificación final de obra equivalga a aprobación del comitente.

En el Derecho francés, como vimos, un importante sector doctrinal considera la terminación de la obra como una condición de la recepción, puesto que el dueño de la obra ha de constatar el cumplimiento de sus obligaciones por el contratista y aceptar los trabajos. En relación con el artículo 1792.6 del Código civil la recepción sólo puede tener lugar cuando la obra está acabada. Una vez terminada la obra, el constructor ha de entregarla al promotor. La entrega consiste en el acto por el cual el constructor pone a disposición del promotor la obra terminada.

En cuanto al tiempo de la entrega de la obra, la Ley de Ordenación de la Edificación parte de la base de que la entrega se produce con anterioridad a la recepción de la obra (art. 6.1), aunque es posible que las partes estipulen que la entrega se lleve a cabo con posterioridad a la recepción de la obra, puesto que el apartado 1 del artículo 6 es una norma de carácter dispositivo²¹⁸.

La verificación, que no es contemplada específicamente por la Ley de Ordenación de la Edificación, consiste en el examen de la obra por el promotor que tiene por objeto determinar si lo ejecutado es conforme a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción.

Una vez que el constructor comunique por escrito al promotor que la obra está terminada y que se ha emitido el certificado final, que la Ley de Ordenación de la Edificación no exige que se acompañe a la notificación (cfr. art. 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación), el promotor procederá a la verificación, esto es, al examen de la obra entregada con la finalidad de determinar si se ha

²¹⁷ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249.

²¹⁸ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 55 y 154.

realizado conforme a lo convenido y a las reglas del arte de la construcción. Para este examen el promotor dispondrá del tiempo contractualmente previsto o, en su defecto, de treinta días (cfr. art. 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación) ²¹⁹.

Para la verificación, que es una facultad del promotor, éste podrá disponer del correspondiente asesoramiento técnico. En el Derecho francés, como expusimos, se pone de relieve que este asesoramiento lo debe llevar a cabo el arquitecto.

En nuestro Derecho bastantes autores defienden una solución semejante, tanto con anterioridad ²²⁰ como con posterioridad a la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación ²²¹. Los técnicos que constituyen la dirección facultativa han de asesorar al promotor en la verificación de la obra ²²², en cuanto que el arquitecto-director o cualquier otro técnico que haya intervenido en la dirección facultativa de la obra, no sólo cumple una función de dirección de los trabajos de construcción, sino también, de vigilancia y control del desarrollo de la obra de acuerdo con el proyecto que la define, debiendo denunciar todos aquellos defectos que aprecie al verificar la obra construida. Esta obligación de asesoramiento se fundamenta en las siguientes razones: 1.^a) Es conforme a la ley, los usos profesionales y la buena fe (art. 1258 del Código civil), que el arquitecto director o el técnico que ha intervenido en la dirección de la obra asesore y aconseje al promotor (comitente) en la verificación; 2.^a) la misión fundamental del arquitecto director o del técnico que interviene en la dirección de la obra radica en controlar la ejecución de los trabajos de construcción, que adquiere su máximo exponente en el momento en que se procede a la verificación de la obra; 3.^a) es muy difícil que un profano en el arte de la construcción pueda apreciar por sí solo todos los vicios que presenta la obra construida, sobre todo si es inmobiliaria; 4.^a) la verifica-

²¹⁹ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 249.

²²⁰ CABANILLAS, «La recepción de la obra», cit., pp. 290-292; DE LA CÁMARA MINGO, «El arrendamiento de obras y servicios», cit., pp. 503-504; SANTOS BRIZ, «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», cit., p. 388; SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, *Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Madrid, 1973, p. 346; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., pp. 66-67; FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 45.

²²¹ MARTÍNEZ MAS, en MERCHAN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 190-191; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 79; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 97-98; DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 368-369; CABRERA LÓPEZ y otros, «Los arquitectos en el proceso edificatorio», cit., p. 189.

²²² CABRERA LÓPEZ y otros («Los arquitectos en el proceso edificatorio», cit., p. 189) hablan de asistencia del arquitecto director de las obras en la verificación.

ción de la obra puede requerir la realización de determinadas pruebas técnicas –así, por ejemplo, el control de resistencia del suelo y de los materiales–, tendentes a comprobar la buena construcción de la obra, y es fácil deducir que estas pruebas solamente pueden ser efectuadas por un técnico en el arte de la construcción.

Por ello, como observan Del Arco y Pons²²³, en todo caso, el director de la obra se encuentra en la obligación de asesorar al comitente en la verificación. La dirección de los trabajos comporta el control de los trabajos realizados.

En rigor, estamos en presencia de un deber de consejo de carácter contractual, accesorio de la prestación de servicios que recae sobre el arquitecto-director o el técnico que interviene en la dirección de la obra, que se fundamenta en el artículo 1258 del Código civil. Se trata de una de las principales aplicaciones de la obligación contractual de información (donde se enmarca el deber de consejo), accesoria de una prestación de servicios, como han puesto de relieve Viney y Jourdain²²⁴ y Le Tourneau y Cadet²²⁵. En nuestra doctrina, Pérez García²²⁶.

A fin de proceder a la verificación de la obra, se infiere de la Ley de Ordenación de la Edificación que, salvo pacto expreso en contrario, el promotor dispondrá del plazo de treinta días desde la notificación efectuada por escrito al mismo por parte del constructor de la fecha de terminación de la obra, acreditada en el certificado final de obra (art. 6.4).

Como señala Martínez Mas²²⁷, la expresión «plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor» ha de entenderse como plazo que se contará a partir de la recepción de la notificación efectuada por escrito al promotor, ya que de otro modo se podría producir una situación de indefensión, entrando en juego la recepción tácita por el transcurso del tiempo, sin haber tenido conocimiento de la terminación de la obra el promotor (por ejemplo, el constructor remite mediante carta al promotor la fecha de terminación de la obra para que tenga lugar la recepción y dicha carta no se recibe por el promotor por causas no imputables a él, como pérdida en el servicio de correos. En este caso y transcurrido

²²³ DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 368.

²²⁴ VINEY y JOURDAIN, «Les conditions de la responsabilité», en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de Ghestin, París, 1998, pp. 419-420.

²²⁵ LE TOURNEAU y CADET, *Droit de la responsabilité*, París, 1996, p. 423.

²²⁶ PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada*, Madrid, 1990, p. 347.

²²⁷ MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 292; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 91-92; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificio*, cit., p. 128.

treinta días desde el envío de la notificación de la terminación de las obras, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.4, se produciría la recepción tácita de la obra).

Es conveniente que la terminación de la obra se realice fehacientemente con la finalidad de evitar ulteriores problemas, quedando perfectamente acreditada la fecha de notificación y recibo de la misma (carta notarial, requerimiento notarial, burofax con certificación de su contenido y acuse de recibo, etcétera).

En la misma línea, Villagómez Rodil²²⁸ puntualiza que la notificación se practicará por escrito, con lo que se excluye la notificación verbal y es válida cualquier forma de comunicación documentada y con mayor eficacia y seguridad si se efectúa por vía notarial o mediante acto de conciliación.

La notificación debe de llegar a conocimiento del promotor, para que produzca plenos efectos, con lo que resulta procedente atender al recibo.

El referido plazo de los treinta días habrá de contarse desde que el promotor recibe la comunicación del constructor, necesitando el tiempo que fija el precepto para llevar a cabo las comprobaciones y asesoramientos jurídicos, técnicos y científicos que estime convenientes a fin de decidir si acepta la obra, si la acepta con reservas o la rechaza, lo que supone que debe contestar en dicho plazo expresamente haciendo constar la decisión adoptada.

También Ximénez de Sandoval, y Santana Arozamena²²⁹ subrayan que el requerimiento al promotor para recibir la obra tiene naturaleza de declaración recepticia y, por tanto, el plazo para que éste se manifieste al respecto, so pena de recepción tácita, comienza, no con la emisión de tal declaración por el constructor, sino con su recibo por el promotor (lo que, por cierto, aconseja la práctica de la correspondiente notificación por medios fehacientes: carta o requerimiento notarial).

Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena²³⁰ tienen razón al destacar que la inteligencia del artículo 6.4 es ciertamente difícil en materia de plazos. Dado que el trámite de notificación consumirá por fuerza algún tiempo y que a partir de su recibo el promotor dispondrá aún de un nuevo plazo de otros treinta días para pronunciarse, resulta manifiesto que la recepción de la obra nunca tendrá lugar

²²⁸ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, Barcelona, 2000, p. 63.

²²⁹ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 53.

²³⁰ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., pp. 53-54.

«dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su recepción», como expresa literalmente la Ley.

A nuestro juicio, lo que ha querido significarse es que el constructor cursará la notificación al producirse la terminación de la obra, abriéndose, una vez recibida la notificación por el promotor, el plazo para la recepción por unos ya definitivos treinta días.

Ximénez de Sandoval y Arozamena²³¹ van más lejos, entendiendo, aunque no es seguro, que lo que ha querido significarse es que el constructor cursará la notificación dentro de los treinta días siguientes a la terminación de la obra, abriéndose, una vez recibida ésta por el promotor, el auténtico plazo para la recepción por unos ya definitivos treinta días.

Dicha notificación no es en rigor una carga del constructor, sino una auténtica obligación que recae sobre el mismo²³².

A la hora de establecer el citado plazo, que es civil²³³, por lo que no se excluirán del cómputo los días inhábiles (art. 5.2 del Código civil)²³⁴, la Ley de Ordenación de la Edificación se ha inspirado en el artículo 111.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 110.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), según el cual la recepción se llevará a cabo dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato.

Los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación establecen también el plazo de un mes para efectuar la recepción de la obra, salvo pacto expreso en contrario. En este sentido, el artículo 11.5 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994²³⁵, el artículo 12.5 del Pro-

²³¹ XIMÉNEZ DE SANDOVAL Y AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 54.

²³² Sin embargo, MUÑOZ CASTILLO, COSME DE MAZARREDO y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: régimen jurídico y técnico*. Coordinador: García Macho, Madrid, 2000, pp. 53-54) señalan que puede pensarse que es el constructor, como agente interesado y que tiene que suscribir el acta, la persona indicada para suscribir la notificación. Pero también es posible entender que la referida notificación por escrito debe hacerla la propia dirección facultativa expedidora del certificado de fin de obra, y que ha sido contratada por el promotor.

²³³ Sobre el cómputo de los plazos civiles, CABANILLAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, I-1, Madrid, 1992, pp. 623 ss.

²³⁴ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 63; MUÑOZ CASTILLO, COSME DE MAZARREDO y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: régimen jurídico y técnico*, cit., p. 54; GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», RDCI, 2000, núm. 661, p. 2711; CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Actualidad Civil*, n.º 12, semana 19 al 25 de marzo de 2001, ap. 437, nota 55.

²³⁵ El texto de este Anteproyecto de Ley aparece en la monografía de MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, Granada, 1998, pp. 605 ss.

yecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995²³⁶, el artículo 6.4 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 y el artículo 6.4 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999²³⁷.

El Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) puso de relieve que la adopción del plazo de treinta días no es afortunada, teniendo en cuenta los mayores medios técnicos para la verificación con que cuenta la Administración Pública, y su posibilidad de imponer una ampliación del plazo en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en función del objeto del contrato (art. 111 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

En la enmienda núm. 24 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) al artículo 6, apartado 4 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación²³⁸ se propuso modificar el plazo de recepción de la obra, que quedaría en sesenta días, dando lugar al siguiente texto: «4. Salvo pacto expreso en contrario, la recepción de la obra tendrá lugar dentro de los sesenta días siguientes... La recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos sesenta días...» (resto igual).

Se justifica esta enmienda al entender que treinta días no constituye un plazo suficiente. Adviértase que se ha cogido el mismo plazo previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las que la comparación no puede producirse en tanto que están dotadas de mayores medios técnicos.

En el mismo sentido, la enmienda 23 del Grupo Parlamentario de Nacionalistas Vascos en el Senado²³⁹.

En nombre del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, el señor Gatzagaetxebarria Bastida justifica la enmienda 23 diciendo que el plazo de treinta días es insuficiente, puesto que en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a la hora de recepcionar las obras por las Administraciones Públicas que normalmente disponen de medios técnicos y humanos superiores a los que existen en el mundo del tráfico jurídico-privado mercantil se habla de sesenta días. En correspondencia a esa previsión de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entendemos que es

²³⁶ El texto del Anteproyecto de Ley aparece en la monografía de MOLINA, *Ruina y seguro de responsabilidad decenal*, cit., pp. 625 ss.

²³⁷ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 15 de marzo de 1999, núm. 163-1.

²³⁸ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

²³⁹ BOCG. Senado. Serie II: Proyectos de Ley, núm. 148 (d) de 21 de septiembre de 1999.

necesario mantener esa coherencia de que la recepción, como garantía para el promotor de la obra, se realice en un plazo de sesenta días y no de treinta²⁴⁰.

En la sesión del pleno del Senado, celebrada el 29 de septiembre de 1999, el señor Gatzagaetxebarria Bastida, en nombre del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, afirma que la enmienda número 23 hace referencia al artículo 6.4 del Proyecto de Ley, donde se habla de un plazo para recepcionar las obras por parte de los promotores o propietarios de las obras, cuando las realice el contratista, de treinta días, salvo pacto en contrario. Sin embargo, nos parece que ofrece más garantías fijar un plazo de sesenta días, que es el que establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para que éstas recepcionen las obras, con el añadido de que las Administraciones Públicas, a diferencia de los promotores privados, suelen disponer de mejores medios materiales y técnicos, de personal más cualificado, e incluso de más medios económicos que los de un particular que, por ejemplo, construya un edificio de viviendas.

No parece, pues, que haya una gran coherencia en este tema cuando, insisto, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se establece un plazo de sesenta días. Por eso, como digo, nos ha parecido que ofrece más garantías para el propietario de la obra que se les dé el mismo plazo²⁴¹.

En nombre del Grupo Parlamentario Popular, el Senador señor Bris Gallego afirma que la enmienda 23 hace referencia al artículo 6, apartado 4, y propone aumentar el plazo de recepción de la obra de treinta a sesenta días. Indudablemente, es un criterio discutible, pero a nosotros nos parece sinceramente suficiente el plazo de treinta días y, por lo tanto, no vamos a aceptarla²⁴².

A nivel doctrinal, González Tausz²⁴³ entiende que el plazo de treinta días puede ser breve, sobre todo para supuestos de autopro-moción como cooperativas o comunidades donde es un colectivo de adquirentes quienes pueden supervisar su vivienda, aunque el propio texto de la Ley de Ordenación de la Edificación da prioridad a

²⁴⁰ Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado. Comisiones, núm. 479, 23 de septiembre de 1999. Comisión de obras públicas, medio ambiente, transportes y comunicaciones.

²⁴¹ Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado, núm. 140. Sesión del pleno celebrada el 29 de septiembre de 1999.

²⁴² Cortes Generales. Diario de sesiones del Senado, núm. 140. Sesión del pleno celebrada el 29 de septiembre de 1999.

²⁴³ GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., p. 2.711.

lo pactado por las partes, teniendo un carácter subsidiario (art. 6.4, primer renglón).

Consideramos que el recurso a la autonomía privada, que permite expresamente el artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación («salvo pacto expreso en contrario»), será fundamental en la aplicación de la norma, porque el plazo de treinta días, que sin duda es de caducidad²⁴⁴, no es, desde luego, un plazo suficiente en términos generales, aunque teóricamente cabe también la posibilidad de disminuir la duración de dicho plazo, a pesar de su brevedad²⁴⁵.

La propia Ley de Ordenación de la Edificación permite que las partes estipulen en el contrato de obra otro plazo para efectuar la recepción²⁴⁶.

La aprobación es el resultado de la verificación, implicando el reconocimiento por el promotor de que la obra ha sido ejecutada correctamente, lo que conlleva la obligación de proceder a la recepción.

La aprobación puede ser expresa o tácita. La aprobación expresa es aquella por la que el promotor acepta la obra ejecutada en la forma establecida por el artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Más adelantes nos referimos a esta forma, consistente en el acta de recepción²⁴⁷.

²⁴⁴ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 64.

²⁴⁵ MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 128) se limita a subrayar que la propia Ley permite que las partes estipulen en el contrato de obra otro plazo para efectuar la recepción distinto al de los treinta días a que alude el artículo 6.4.

Según VILLAGÓMEZ RODIL (*Derecho de la edificación*, cit., p. 64), también cabe el fraccionamiento del plazo, para conceder al constructor un plazo para notificar desde que se expidió el certificado final y a contar de la fecha que figura en el mismo y otra al promotor para remitir su contestación.

²⁴⁶ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 252), al referirse al artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, señalan que conviene precisar qué modificaciones convencionales admite la regulación legal, ya que se aplica «salvo pacto en contrario». Hay que distinguir aquí entre las pretensiones del comitente y las de los propietarios no comitentes ex artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Por lo que se refiere a las primeras, será eficaz cualquier pacto en contra de lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación, incluida la exclusión de la recepción en forma tácita. Pero nada de esto afectará a los propietarios (no comitentes), que podrán ejercitar las acciones de los artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación desde que la recepción deba entenderse producida conforme al artículo 6.4 (art. 6.5). Ahora bien, lo que sí tiene efectos para los propietarios es el plazo distinto al de treinta días que se haya previsto para la recepción. La regla es, por tanto, que entre las partes del contrato de obra deberá procederse a la recepción formal del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación en el plazo contractualmente previsto (mayor o menor de treinta días), y que para los propietarios (no comitentes) la recepción se entenderá tácitamente producida cuando transcurra el plazo contractualmente previsto sin la manifestación de reservas o el rechazo motivado por escrito.

²⁴⁷ Sin embargo, CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 250-251) subrayan que tradicionalmente se ha venido entendiendo que la recepción expresa no era una declaración de voluntad sujeta a

La Ley de Ordenación de la Edificación, a pesar de que dispone que la recepción deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor, con lo cual establece que la forma expresa es la regla general²⁴⁸, admite la aprobación y consiguiente recepción tácita de la obra, al establecer que la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha de terminación de la obra, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito (art. 6.4).

Como observa Villagómez Rodil²⁴⁹, se trata de una previsión (la contenida en el art. 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación) para que el proceso constructivo en su fase final mantenga su dinamismo y no resulte obstaculizado por maniobras o actuaciones al margen de la necesaria buena fe que debe presidir las relaciones contractuales en todas las fases de su desarrollo.

La Ley de Ordenación de la Edificación sanciona la pasividad intencionada o meramente negligente del promotor que deja transcurrir el plazo que fija el artículo sin hacer manifestación alguna escrita respecto a sus reservas o rechazo motivado de la obra que se le pretende entregar.

forma, por lo que podía hacerse verbalmente o por escrito. Dado que la Ley de Ordenación de la Edificación exige que la recepción se formalice en un acta, cabe preguntarse si ya no es posible una recepción expresa en forma verbal. Es decir, si el comitente que aprobó y se hizo cargo de la obra sin hacerlo constar por escrito podrá pretender que no ha habido recepción, de tal forma que todavía puede formular reservas, pretender la corrección de vicios aparentes y negarse a pagar el precio. En relación con los plazos de los artículos 17.1 y 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, con la única recepción relevante es la producida conforme al artículo 6, es decir, bien la recepción formalizada en el acta del artículo 6.2 en el plazo del artículo 6.4, bien la producida en forma tácita en el mismo plazo (cfr. art. 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Al legislador de la Ley de Ordenación de la Edificación no le ha preocupado regular la recepción en el contrato de obra, sino establecer un *dies a quo* cierto para los intereses (de terceros) implicados en las acciones de los artículos 17.1 y 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Distinta es la solución si se trata de pretensiones surgidas entre el comitente y los agentes del proceso edificatorio (corrección de vicios aparentes, pago del precio, formulación de reservas), ya que en este caso, y a pesar del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cabe la recepción expresa prestada en forma verbal. Dado que, según el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la recepción es el acto por el cual la obra se entrega al promotor que la aprueba, podrá entenderse producida la recepción cuando ambas cosas se hayan producido realmente (entrega y aprobación expresa en forma verbal) aunque no se hayan formalizado en el acta del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación. De tal forma, si finalmente no hay ninguna constancia escrita de la recepción, la misma se produjo cuando la obra se recibiese y aprobase verbalmente, y no cuando transcurra el plazo de treinta días del artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

²⁴⁸ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 112.

²⁴⁹ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 64.

Se tiene en cuenta, como hipótesis de aprobación y consiguiente recepción tácita, el silencio consciente tras la comunicación de puesta a disposición de la obra²⁵⁰.

Es evidente que si no existe rechazo ni reservas en el plazo marcado por la ley o pactado por las partes, existe un acto concluyente de aprobación de la obra que obliga a considerar existente una recepción tácita.

Con la excepción del Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985, que establecía que la recepción de la obra se efectuará siempre en forma expresa, mediante acta que suscribirán el promotor y el constructor de la obra (art. 14.3), los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación admiten la recepción tácita en forma análoga a la misma. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994 (art. 11.5), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995 (art. 12.5), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (art. 6.4) y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999 (art. 6.4).

²⁵⁰ Para CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 251-252), dado que la Ley de Ordenación de la Edificación sólo contempla en su artículo 6.4 una de las causas de recepción tácita que la jurisprudencia había venido manejando (esto es, el silencio consciente tras la comunicación de terminación y puesta a disposición o del término de la recepción provisional, en su caso, STS de 28 de junio de 1958, RA 2516), cabe preguntarse si ya no caben otras formas de recepción tácita, por ejemplo, el uso y la ocupación de la edificación o cualquier otro acto concluyente del comitente que revele su intención de recibir la obra. La cuestión es trascendente, pues se trata de determinar si el promotor que, por ejemplo, usase la edificación antes del transcurso de los treinta días del artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación todavía dispone del plazo que reste hasta esos treinta días para formular reservas y pretender la corrección de vicios aparentes. Se trata también de precisar si la obligación de pago del precio vence cuando se usa la edificación o cuando transcurre el mes del artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La solución es la siguiente: frente al comitente caben formas de recepción tácita distintas de las previstas en el artículo 6.4, pero para los propietarios (no comitentes) el plazo de las acciones de los artículos 17.1 y 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación sólo comenzará a computarse cuando se produzca la recepción tácita conforme al artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Cuando la recepción es presunta, como el pago del precio (cfr. art. 1592 del Código civil; STS de 13 de mayo de 1983, RA 2822), el silencio debido a circunstancias justificadas o el uso y ocupación de lo edificado por causa de necesidad, para los propietarios (no comitentes) sólo es relevante la recepción producida conforme al artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación). La pregunta es si, tras el artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, sigue siendo posible una recepción presunta frente al comitente. Más aún, si es posible entender que el promotor puede alegar causas que justifiquen su inactividad durante el plazo del artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación y si esta justificación debiera llevarnos a concluir que no ha habido recepción tácita. Parece que todo ello sigue siendo posible. La Ley de Ordenación de la Edificación no ha querido regular el contrato de obra, ni la recepción de la misma, sino dar certeza sobre el momento inicial del cómputo de las acciones que los terceros al contrato de obra puedan tener ex artículos 17.1 y 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Como expusimos con amplitud en el epígrafe relativo al Derecho comparado, en el Derecho francés, tanto con anterioridad como con posterioridad a la promulgación de la Ley de 4 de enero de 1978, la doctrina y la jurisprudencia admiten la recepción tácita.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que en todo caso la constatación del cumplimiento del contrato de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas por razón de las características del contrato (art. 110.2). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa, como vimos, admiten la recepción tácita cuando la Administración realiza actos que inequívocamente implican una voluntad de aprobar y hacerse cargo de la obra.

Aparte del supuesto que prevé la Ley de Ordenación de la Edificación en el artículo 6.4, también se produce la recepción tácita en otros supuestos, siendo perfectamente aplicable la doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre la recepción tácita.

Según Castro Bobillo²⁵¹, cuando no se haya efectuado notificación (cfr. art. 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación), deberá estarse a los actos concluyentes del promotor de los que pueda presumirse la aceptación de la obra (pago del precio, toma de posesión, uso y aprovechamiento del inmueble, etcétera).

Cabrera López y otros²⁵² subrayan en el mismo sentido que la recepción tácita se produce por actuaciones del comitente (promotor) que reflejan, de manera indirecta, la aceptación de las obras, unas veces por el mero transcurso del tiempo (treinta días desde la fecha de terminación de la obra) y otras por actos inequívocos del promotor (pago del precio sin hacer reserva alguna –artículos 1599 y 1592 del Código civil–), la utilización de las obras o la toma de posesión de las mismas.

Al referirnos a la recepción de la obra en el Código civil, expusimos los casos en que tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina consideran aprobada tácitamente la obra por el comitente²⁵³.

²⁵¹ CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 438.

²⁵² CABRERA LÓPEZ y otros, «Los arquitectos en el proceso edificatorio», cit., p. 191.

²⁵³ Sin embargo, MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 112) subraya que en la Ley de Ordenación de la Edificación sólo cabe la recepción en determinados supuestos. La Ley de Ordenación de la Edificación sólo contempla un supuesto de recepción tácita, la cual se produce con el transcurso de los treinta días desde la comunicación sin que el promotor hubiera puesto de mani-

Por pacto es posible que las partes determinen que la certificación final de obra equivalga a la aprobación de la obra construida por el promotor. Como observan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco²⁵⁴, es frecuente el pacto, contemplado en el artículo 1598 II del Código civil, por el cual la conformidad la acredita la certificación final de obra expedida por los técnicos directores, lo que no constituye una cláusula de arbitraje, sino que se trata de un dictamen no decisorio que está sujeto a valoración judicial.

Como dijimos anteriormente, la persona a la que se refiere el artículo 1598 del Código civil no puede calificarse de árbitro ni su dictamen de arbitraje, sino que nos encontramos ante la figura del arbitrador, cuyo dictamen, aunque de gran importancia, no tiene carácter decisorio, ya que está sujeto, como todo dictamen pericial, a la valoración del juez (STS de 22 de julio de 1995, RA 5598)²⁵⁵.

La recepción propiamente dicha es la consecuencia de la entrega que realiza el constructor y de la obligación que surge de hacerse cargo de la obra una vez que el promotor la ha aprobado.

Martínez Mas²⁵⁶ subraya que el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación contempla, con carácter general, que la recepción de la obra se realice una vez que la misma ha sido entregada al promotor. Sin embargo, es posible, porque así lo acuerden las partes en el contrato de obra, que la recepción tenga lugar con anterioridad a la entrega de la obra.

fiestas reservas o rechazo motivado por escrito. Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, la doctrina científica y el Tribunal Supremo señalaban una serie de supuestos en que tenía lugar la recepción tácita de la obra construida. MARTÍNEZ MAS cita estos supuestos, concluyendo que en materia de recepción tácita es preciso extremar la cautela a la hora de determinar qué actos o comportamientos han de considerarse equivalentes a recepción tácita.

²⁵⁴ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 250.

²⁵⁵ Sin embargo, MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 88 y 130) entiende que los dos supuestos contemplados en el artículo 1598 del Código civil no son aplicables en aquellas edificaciones sometidas a la Ley de Ordenación de la Edificación, por los siguientes motivos: 1.º El artículo 6.2 exige que el acta de recepción sea suscrita al menos por el constructor y por el promotor, por lo que no cabe acuerdo entre las partes en virtud del cual se designe a un tercero para que éste decida sobre la aprobación o no de la obra. 2.º El artículo 6.1 admite la recepción con reservas, por lo que cualquier recepción con reservas desnaturaliza el concepto de recepción «a satisfacción del propietario». 3.º El contenido del artículo 6.2 es una norma de derecho necesario. 4.º El artículo 6.3 sólo admite dos supuestos de rechazo de la obra, lo que quiere decir que si la obra está completamente terminada y la misma se adecua a las condiciones pactadas, el promotor está obligado a recibir la obra. 5.º En caso de discrepancias entre las partes, será el juez quien determine si la obra ha de ser recibida o no.

²⁵⁶ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 57 y 96; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 55, 66 y 78; MARTÍNEZ MAS, en MERCÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 284.

No se precisa que la entrega sea un acto simultáneo a la aceptación que hace el dueño o el promotor²⁵⁷.

La Ley de Ordenación de la Edificación inserta, en el artículo 6.1, a la entrega en el marco del proceso de recepción. Esto no obsta a que, como expusimos al referirnos a la recepción de la obra en el Código civil, la entrega y la recepción de la obra sean dos actos jurídicos diversos y autónomos, que no pueden confundirse²⁵⁸. Tal vez por ello en diversas enmiendas al Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999, que, sin embargo, no prosperaron, al definir la recepción de la obra, no se alude a la entrega de la obra al promotor.

En la enmienda núm. 41 al artículo 6, apartado 1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación²⁵⁹, el Grupo Parlamentario Mixto (primer firmante: señor Chiquillo Barber) propone el siguiente texto: «1. La recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor. Podrá realizarse con o sin reservas».

En la enmienda núm. 100 al artículo 6 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación²⁶⁰ el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso propuso el siguiente texto: «1. La recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor...».

Los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación, al definir la recepción de la obra, no aluden a la entrega de la obra al promotor. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994, artículo 11.1; el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995, artículo 12.1; el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998, artículo 6.1; y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999, artículo 6.1.

La definición legal de recepción de la obra que aparece en el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación es objeto de críticas por algunos autores. Concretamente, Martínez Mas²⁶¹ afir-

²⁵⁷ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 57.

²⁵⁸ DEL ARCO y PONS (*Derecho de la construcción*, cit., p. 371) puntualizan que, a diferencia del Código civil, el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación, al definir la recepción de la obra distingue entre la entrega de la misma al promotor y la aceptación por éste, como dos momentos distintos.

²⁵⁹ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

²⁶⁰ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

²⁶¹ MARTÍNEZ MAS, en MERCÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 296-297.

ma que la mencionada definición legal de recepción de la obra es imprecisa y puede dar lugar a confusiones de interpretación, fundamentalmente por dos motivos. El primero de ellos, porque no diferencia claramente dos momentos conceptualmente diferentes en el contrato de obra, que son la «recepción de la obra» y la «entrega de la obra». El segundo motivo, porque desnaturaliza en cierta manera el concepto tradicional que tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen del concepto de recepción, entendida ésta como el acto por el cual el dueño de la obra presta su conformidad a la obra realizada por el constructor, por entender que la misma se ajusta a lo pactado y a la *lex artis*. De este concepto de recepción se desprende que la misma no tendrá lugar cuando el dueño de la obra manifieste que ésta adolece de defectos constructivos, y por el contrario, del apartado 1 del artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación parece que la ley obliga al promotor a suscribir la recepción aunque la obra adolezca de defectos de construcción, si bien el promotor podrá hacer las reservas que estime oportunas en el acta de recepción y se establecerá un plazo para que queden subsanados los defectos observados.

Martínez Mas²⁶² considera por ello más correcta la definición de recepción que se dio en el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados, de 15 de marzo de 1999, al establecer en el apartado 1 del artículo 6 que «la recepción de la obra es el acto por el que los trabajos ejecutados son aceptados por el promotor». Si cotejamos ambos conceptos, podemos ver que la definición de recepción de la obra en el Proyecto de Ley es más acorde con el concepto tradicional de recepción que maneja tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al conceputar la recepción como el acto por el cual el dueño de la obra presta su conformidad a la obra realizada por el constructor.

3. El acta de recepción de la obra

A tenor del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la recepción debe consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor.

²⁶² MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 76, nota 73; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 76-77, nota 1; MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 283, nota 1.

La finalidad de que la recepción de la obra deba constar en un acta se encuentra en que exista constancia cierta de que ha tenido lugar la recepción de la obra; lo cual se aplica por la gran trascendencia jurídica que tiene la misma, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley de Ordenación de la Edificación en relación con el inicio de los plazos de responsabilidad y de prescripción establecidos en la Ley²⁶³.

Se trata, evidentemente, de un requisito formal exigido por la Ley de Ordenación de la Edificación, que se concreta en que la recepción de la obra conste en un documento privado, aunque también puede llevarse a cabo por medio de escritura pública, que sería lo más conveniente²⁶⁴, la denominada acta de recepción de la obra, que como es lógico deberá ser fechada²⁶⁵, y ha de ser firmada necesariamente por los sujetos que intervienen en el proceso de recepción, que son, al menos, el promotor y el constructor, pues el constructor es quien ha de entregar la obra concluida y el promotor quien ha de aceptarla. En esta línea el artículo 9.2 c) establece que el promotor está obligado a suscribir el acta de recepción de la obra,

²⁶³ Así lo subrayan DEL ARCO y PONS (*Derecho de la construcción*, cit., p. 375), al decir que sin duda alguna por su trascendencia práctica, por marcar el inicio del cómputo de los plazos por responsabilidades y garantías, la recepción tiene carácter formal.

Como afirma MARTÍNEZ MAS (*El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 77 y 89; *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 78-79 y 129; en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 284 y 297), la recepción en la Ley de Ordenación de la Edificación se concibe, con carácter general, como un acto formal, en cuanto ha de estar documentado y firmado, consignándose en el acta las partes que intervienen, la fecha de terminación material de la obra, el coste final de la ejecución de la obra, la declaración de la recepción de la obra con o sin reservas y las garantías que la Ley exige al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Teniendo en cuenta la relevancia multidireccional de la recepción de la obra, XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA («El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 52) señalan que la lógica de la Ley de Ordenación de la Edificación justifica la observancia de determinadas formalidades en aras de la certeza y la seguridad jurídica.

BORRELL («Los peritos forenses: la LOE y la LEC», en *Estudio sobre la nueva Ley de Ordenación de la Edificación*. Directores: Fernández Valverde y Díez Delgado. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 418) observa que un exacto conocimiento del momento de la recepción será esencial para el perito, ya que supone el inicio de todo el sistema de responsabilidades y no siempre ello podrá dilucidarse con una simple prueba documental.

²⁶⁴ Incluso JIMÉNEZ CLAR («El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, n.º 6, p. 66) subraya que puede acarrear algunos inconvenientes que no se prescriba para el acta de recepción de la obra la forma pública a fin de dar certeza al contenido de la misma.

Si la recepción de la obra se documenta en un documento privado, ésta carecerá de fecha cierta. La falta de certeza en la fecha de inicio de las responsabilidades previstas por la Ley de Ordenación de la Edificación así como de la obligación de garantizar puede producir incertidumbre sobre la efectividad de la cobertura si el siniestro se produce en los momentos finales de los plazos previstos por la Ley.

²⁶⁵ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 59.

y el artículo 11.2 f) dispone que el constructor está obligado a firmar el acta de recepción de la obra.

Sólo se exige que firmen necesariamente el acta de recepción de la obra el constructor y el promotor (comitente), por la sencilla razón de que éstos son las partes del contrato de obra, ya que uno de ha entregar la obra y el otro aceptarla²⁶⁶. Además, se da a entender que puede ser firmada por otros agentes de la edificación, si bien no se especifica quienes son. Lógicamente, uno de ellos será el técnico que asesore al promotor en la verificación de la obra, al que anteriormente nos referimos.

Atendiendo a las obligaciones que la Ley de Ordenación de la Edificación impone al director de la obra (art. 12) y al director de ejecución de la obra (art. 13), parece coherente que estos agentes firmen también el acta de recepción de la obra. Hay que tener en cuenta que el director de la obra y el director de ejecución de la obra deben suscribir el certificado final de obra, que ha de adjuntarse al acta de recepción de la obra²⁶⁷.

Como observan Del Arco y Pons²⁶⁸ y Martínez Mas²⁶⁹, hubiera resultado conveniente haber incluido como agente interviniente en el acto de recepción al director de la obra, en cuanto no sólo cumple una función de dirección de los trabajos de construcción, sino también de vigilancia y control del desarrollo de la obra de acuerdo con el proyecto que la define, debiendo denunciar todos aquellos defectos que aprecie al verificar la obra construida.

Es significativo que, con anterioridad a la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, ha sido frecuente, en el ámbito de las obras inmobiliarias, que en el pliego de condiciones se haga constar que la aprobación ha de ser expresa, exigiéndose la comparecencia del dueño, del ejecutor y del arquitecto-director²⁷⁰. Con buen criterio, en la enmienda núm. 100 del Grupo Parlamenta-

²⁶⁶ MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 130) pone de relieve que la intervención del constructor y el promotor en la recepción de la obra es obligatoria, según se deduce, no sólo del artículo 6, sino también de los artículos 9.2 c) y 11.2 f) de la Ley, por lo que no cabe pacto en contrario.

Incluso el artículo 1598 del Código civil no puede aplicarse en las construcciones sometidas a la Ley de Ordenación de la Edificación, puesto que no cabe pacto entre las partes en virtud del cual se deje a un tercero la decisión de recibir o no la obra, ya que el artículo 6.2 es una norma de derecho necesario.

²⁶⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2000, pp. 256 y 351; VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 59.

²⁶⁸ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 373.

²⁶⁹ MARTÍNEZ MAS, en MERCÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 290; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 89; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 130.

²⁷⁰ FISAC DE RON, *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*, cit., p. 58, nota 2.

rio Socialista del Congreso al texto del artículo 6 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación se afirma que toda recepción deberá consignarse en un acta de recepción firmada, al menos, por el promotor y el constructor, el director de la obra y el director de la ejecución de la obra²⁷¹.

Nótese que, en el ámbito de las obras públicas, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que a la recepción de las obras a su terminación y a los efectos establecidos en el artículo 110.2 concurrirá, además del facultativo designado por la Administración, representante de ésta, el facultativo encargado de la dirección de las obras (art. 147.1)²⁷².

Aunque el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación no lo impone²⁷³, en las pólizas se exige que el acta de recepción esté firmada por la oficina de control designada por el asegurador. La Ley de Ordenación de la Edificación no impide, como señalan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco²⁷⁴, que el asegurador haya hecho depender la cobertura del seguro de que se haya firmado un acta de recepción sin reservas, con intervención de la oficina de control.

Ariza Arca²⁷⁵ considera que la oficina de control debe estar presente en el acto de recepción. Esta condición será presumiblemente recogida en las pólizas. La Ley de Ordenación de la Edificación no

²⁷¹ BOGG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

²⁷² Sin embargo, MUÑOZ CASTILLO, COSME DE MAZARREDO y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: régimen jurídico y técnico*. Coordinador: García Macho, cit., p. 53) señalan que el artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación no contempla como obligatoria la asistencia de la dirección facultativa, pero no hay duda que deja la puerta abierta para que la dirección facultativa pueda comparecer, intervenir y firmar el acta de recepción de las obras, al decir que la recepción deberá consignarse en un acta firmada, «al menos», por el promotor y el constructor. Creemos muy conveniente la presencia de la dirección facultativa en ese acto, en evitación de conflictos posteriores. Piénsese que el precepto contempla la posibilidad de especificar reservas y consignar en el acta el plazo de subsanación de los defectos observados, tarea que supondrá, por lo general, la consideración de operaciones y determinaciones técnicas que demandan la asistencia de la dirección facultativa, única forma de precisar con coherencia y rigor técnico las subsanaciones a efectuar y el plazo razonable para llevarlas a cabo. Además, la presencia de la dirección facultativa asistirá al promotor para que, en su caso, no deje de reflejar en el acta la existencia de reservas o defectos y el plazo de subsanación, o la falta de adecuación a las condiciones contractuales que, en caso contrario, podrían operar en perjuicio del promotor al no haberlas hecho constar debidamente en el acta. Por ello, la intervención facultativa podrá evitar rechazos injustificados o por motivos irrelevantes, por parte del promotor.

²⁷³ CARRASCO (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, en colaboración con Cordero Lobato y González Carrasco, Pamplona, 2000, pp. 442-443) señala que el acta de recepción no tiene que estar firmada por el asegurador o por la oficina de control.

²⁷⁴ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 302.

²⁷⁵ ARIZA ARCA, en MERCÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, Madrid, 2000, pp. 315, 320 y 323.

impide tal circunstancia al dejar la puerta abierta para la incorporación de otros intervenientes al acta de recepción («la recepción deberá consignarse en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor»).

En esta línea, Jiménez Clar²⁷⁶ señala que como la recepción de la obra determina el momento en el que el riesgo comienza a correr de cargo de la entidad aseguradora, ésta exigirá que el acta de recepción de la obra sea firmada también por los organismos de control técnico a fin de asegurarse que la obra se ha ejecutado de acuerdo con el proyecto.

Una de las principales críticas que se dirigen contra la Ley de Ordenación de la Edificación radica en que, a pesar de que la recepción de la obra es un acto de especial trascendencia para el consumidor, normalmente el consumidor no puede estar presente en dicho acto.

Al regularse la recepción de la obra como un acto único en el que en dicho momento el dueño de la obra –normalmente es el promotor y excepcionalmente un particular– es quien la acepta o la rechaza frente a los agentes que la han ejecutado, surge la duda de como ello no puede mermar la protección del consumidor, especialmente en cuanto a responsabilidades y garantías exigibles por el mismo.

En concreto y teniendo en cuenta la profusión cada vez mayor de empresas promotoras constructoras, hay que cuestionarse las garantías reales que puede tener el usuario ante posibles recepciones «inadecuadas» del promotor, así como la eficacia del régimen de responsabilidades y garantías ante ventas efectuadas transcurridos los plazos de responsabilidades y garantías previstos –nada infrecuentes en determinados ciclos económicos.

Por ello se plantea la necesidad de regular un mecanismo que garantice en las primeras transmisiones un acto de recepción en el que intervenga el consumidor/comprador y el promotor/vendedor, que tenga unas consecuencias concretas y de lugar a una responsabilidad específica del promotor sobre el producto entregado con unas mínimas garantías, exigibles durante plazos no inferiores al año.

Ello conduce a la necesidad de reclamar una doble recepción; una general de la obra como la regulada en la Ley de Ordenación de la Edificación que marca el inicio de los plazos generales de responsabilidades y garantías de todos los agentes, y otra recepción particular entre el primer adjudicatario/usuario y el promotor/ven-

²⁷⁶ JIMÉNEZ CLAR, «El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., p. 66.

dedor a partir de la cual surge una responsabilidad exclusiva del promotor que deberá garantizarse al menos por un año.

Con ello se trata de evitar que viviendas vendidas y entregadas a los adquirentes/usuarios transcurridos los plazos de responsabilidad contados desde el acto único de recepción, se queden legalmente sin ninguna garantía ni posibilidad de reclamación y por tanto sus propietarios-usuarios absolutamente indefensos ante la existencia o aparición de vicios o defectos de construcción, ya sea de acabados como de materiales, ejecución, etcétera, de las viviendas²⁷⁷.

González Carrasco²⁷⁸ pone de relieve como las entidades de control de calidad en la edificación a las que se refiere el artículo 14 de la Ley de Ordenación de la Edificación están llamadas a adquirir protagonismo en el acto de recepción de las obras, en el sentido indicado por el artículo 1588 II del Código civil. Las entidades aseguradoras exigirán de hecho a las partes contractuales el pacto por el que el informe emitido por dichas entidades²⁷⁹ haya de adjuntarse a la suscripción del acta de recepción para que ésta produzca sus efectos (lo que de hecho eliminará la posibilidad de recepciones tácitamente producidas) o, al menos, constituya el dictamen de tercero que genere la obligación de recibir la obra, conforme a lo dispuesto en aquel artículo.

También Martínez Mas²⁸⁰ entiende que dada la importancia que van a tener las entidades de control de calidad en el proceso de edificación, hubiese sido conveniente haber incluido como personas que han de intervenir en el acto de la recepción de la obra, no sólo al constructor y al promotor, sino también a dichas entidades de control de calidad, puesto que en última instancia y en la práctica van a ser ellas las que den el visto bueno a la ejecución de la obra, mediante la emisión de un informe favorable, a los efectos de que las compañías de seguros aseguren la responsabilidad decenal prevista en el artículo 19.

Cuando se integran en el todo constructivo obras a cargo de especialistas, como, por ejemplo, si para alguna parte común del

²⁷⁷ AAVV, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, Madrid, 2000, pp. 58-59.

²⁷⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 157-158.

²⁷⁹ Las entidades de control de calidad de la edificación prestan asistencia técnica en la verificación de la calidad del proyecto, de los materiales y de la ejecución de la obra y sus instalación de acuerdo con el proyecto y la normativa aplicable (artículo 14.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

²⁸⁰ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 89; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 130.

edificio se encarga un mural pictórico a un artista previamente elegido, o la colocación de esculturas u otras obras de ornamentación con autor previamente determinado y seleccionado por sus condiciones y arte, estos especialistas han de firmar también el acta de recepción²⁸¹.

Como vimos, la exigencia de que la recepción de la obra esté sujeta a un requisito de carácter formal, consistente en su constancia por medio de un acta (acta de recepción) que será firmada por todas las personas asistentes, armoniza con el criterio adoptado en el ámbito de las obras públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (arts. 110.2 y 147.2) y en el Derecho francés (art. 1792.6 del Código civil).

Además, en el ámbito de las obras privadas, ha sido muy frecuente que en el pliego de condiciones se haga constar que la recepción se efectuará de forma expresa mediante un acta y con la comparecencia del comitente, del contratista y del arquitecto-director²⁸².

Las circunstancias que han de constar en el acta de recepción de la obra son perfectamente detalladas por el artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en línea con sus antecedentes legislativos: el artículo 11.2 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994, el artículo 12.2 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995, el artículo 6.2 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 y el artículo 6.2 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999.

En primer lugar, las partes que intervienen en la recepción de la obra, que, como hemos señalado, son necesariamente el promotor y el constructor, aunque también cabe que intervengan otros agentes de la edificación, como el director de la obra o el director de la ejecución de las obra (arts. 12.3 e) y 13.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación).

En segundo lugar, la fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.

Este requisito se refiere tanto a la recepción definitiva como a la recepción parcial de la obra, contempladas por el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Se hará constar, por tanto, en el acta si la recepción es de la obra total o de parte de la misma, especificando y concretando lo que se hace entrega e incluso, para la mayor fijación de las relaciones con-

²⁸¹ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 59.

²⁸² DE LA CÁMARA MINGO, «El arrendamiento de obras y servicios», cit., p. 606; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 129.

tractuales y posibles responsabilidades, el resto de la obra que queda por ejecutar y, consiguientemente, por entregar, cuando se trata de obra contratada con posibilidades de entregas parciales o fragmentadas²⁸³.

La exigencia de que conste en el acta de recepción la fecha del certificado final de la obra se explica porque es básica para el cálculo del plazo de recepción y para el transcurso del plazo de recepción tácita de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

De la veracidad y exactitud de la fecha del certificado final de obra responden el director de la obra y el director de ejecución de la obra, según se infiere del artículo 17.7 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La tramitación parlamentaria de la Ley de Ordenación de la Edificación debería haber sido coordinada con la tramitación paralela de la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de junio de 1995 y, más en concreto, con la regulación de la recepción de las obras públicas en el nuevo párrafo segundo del artículo 147.1, según el cual, dentro del plazo de dos meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada al contratista a cuenta de la liquidación del contrato.

La Ley de Ordenación de la Edificación sólo exige que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra suscriban el certificado final de la obra, donde figurará la fecha de su conclusión, siendo estos agentes responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.

Sin embargo, González Carrasco²⁸⁴ considera que los técnicos integrantes de la dirección facultativa no han de certificar sólo la terminación de una obra, que parece que es lo que establece la Ley de Ordenación de la Edificación, sino la terminación correcta de una obra, que es un efecto contractual, sin contar con la verificación previa de las partes acerca del cumplimiento de lo pactado, cuando el artículo 17.7 los hace responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento. Lo anterior, unido al hecho de que las garantías contratadas en virtud del artículo 19 no se harán efectivas sino desde la fecha del acta de recepción (art. 6.5) y que, en todo caso, éstas no cubrirán los daños originados en defectos que hayan sido objeto de reserva, hasta que no hayan sido subsana-

²⁸³ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 59.

²⁸⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 157.

dos [art. 19.9 i]), convierte a la dirección facultativa en responsable del incumplimiento del constructor frente al promotor.

Al referirse al certificado final de obra, Porto Rey²⁸⁵ tiene en cuenta la vigente Orden Ministerial de 28 de enero de 1972 que, en cuanto al director de la ejecución de la obra, dice: Certifico que la ejecución material de las obras reseñadas ha sido realizada bajo mi inspección y control, de acuerdo con el proyecto, la documentación técnica que las define y las normas de la buena construcción.

En cuanto al director de la obra dice: Certifico que con fecha... la edificación consignada ha sido terminada según el proyecto aprobado y la documentación técnica que lo desarrolla, por mi redactada, entregándose a la propiedad en correctas condiciones para dedicarse, debidamente conservada, al fin que se la destina.

La recepción de la obra, establecida en el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, tiene lugar una vez extendido el certificado final de la obra por la dirección facultativa. Ello supone que la obra se ha terminado conforme al proyecto objeto de licencia que sirvió de base a la contratación y de acuerdo con los criterios técnicos del director de la obra y del director de la ejecución de la obra, que con la extensión y firma del certificado garantizan que la obra está terminada y que el constructor hizo la obra conforme a las especificaciones técnicas del proyecto exigidas por la dirección facultativa y que la obra es correcta desde el punto de vista técnico. Por consiguiente, las reservas que el promotor puede hacer constar en el acta de recepción son de índole contractual (coste de la obra, plazos, penalizaciones...), pero no de índole técnica ni de la ejecución, puesto que el promotor no puede enmendar a la dirección facultativa por carecer de competencia material y conocimientos técnicos para rechazar la obra por motivos técnicos. Pese a ello la Ley de Ordenación de la Edificación tiene un lapsus al disciplinar en el artículo 6.3 el rechazo de la recepción de la obra por el promotor, cuestión sobre la que trataremos más adelante.

Evidentemente, como subraya Seijas²⁸⁶, certificado final de obra y recepción son dos momentos distintos. Aquél se expide por el director de la obra y el de ejecución y en él se verifica si se ha construido conforme a sus especificaciones comunicando los vicios o defectos que se aprecie. El certificado final se configura de esa forma como el último instrumento de control por parte de los técnicos. Su expedición incondicional no hace sino avalar la correcta

²⁸⁵ PORTO REY, *Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 69-70.

²⁸⁶ SEIJAS, «La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación», cit., p. 122.

ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento (art. 17.7). Sirve, además, como punto de partida de la llamada recepción tácita del artículo 6.4, es decir, aquella que se produce transcurridos treinta días desde que se expide sin que el promotor ponga de manifiesto reservas o rechace motivadamente la entrega.

En tercer lugar, el coste final de la ejecución material de la obra.

El artículo 12.3 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación establece que una de las obligaciones del director de la obra es suscribir el certificado final de la obra, así como conformar las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas, con los visados que en su caso fueran preceptivos.

El artículo 13.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que una de las obligaciones del director de la ejecución de la obra es suscribir el certificado final de obra así como elaborar y suscribir las certificaciones parciales y la liquidación final de las unidades de obra ejecutadas.

El fundamento de la fijación del coste de ejecución final de la obra en el acta de recepción se encuentra básicamente en el régimen de garantías obligatorias a que se refiere el artículo 19.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación, según el cual, el importe mínimo del capital asegurado se fija en determinados porcentajes calculados sobre el coste final de la ejecución material de la obra.

González Carrasco²⁸⁷ subraya que el coste final de ejecución de la obra, de constancia obligatoria en el acta de recepción, no se corresponde exactamente con el precio de la obra²⁸⁸. Ello no sólo es predictable de los contratos cuyo precio se determina por ajuste o a tanto alzado, en los cuales no hay una correlación necesaria entre el mismo y el coste efectivo de la obra realizada (SSTS de 20 de marzo de 1986, RA 1271 y 7 de octubre de 1986, RA 5332); tampoco en los contratos por administración, pues aquí la liquidación final reflejará el coste efectivo de la obra, incluidos los incrementos de precios producidos durante su ejecución, pero también el beneficio industrial.

²⁸⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 36 ss.

²⁸⁸ Sin embargo, VILLACÍMEZ RODIL (*Derecho de la edificación*, cit., p. 59) precisa que el coste final de ejecución material coincide con el establecido en el contrato de obra que facilitó la ejecución, sin perjuicio de que se hubieran producido incrementos que deben responder a previsiones contractuales claramente precisadas y añadidas, como el supuesto de aumento de coste de materiales, jornales, salarios y semejantes o tratarse de obras meramente adicionales que no alteran sustancialmente el proyecto y han sido autorizadas expresa o tácitamente por el promotor (art. 1593 del Código civil).

El coste final de ejecución material de la obra no está sujeto al principio general de invariabilidad del precio cuando no media pacto expreso.

El concepto de coste final de ejecución material de la obra es asimismo independiente de los costes económicos derivados de las modificaciones del contrato.

El coste final de ejecución material de la obra es un concepto material, ajeno a la voluntad contractual de las partes. Los presupuestos y licencias de obra no prueban la obra realizada, ya que sólo acreditan la obra inicialmente proyectada (STS de 10 de febrero de 1969, RA 746, y 3 de octubre de 1986, RA 5236). Pero sí sirve a tal efecto la propia certificación final de la obra (STS de 29 de abril de 1980, RA 2721), o el testimonio del arquitecto-diretor acompañado de la prueba pericial, sin que sea precisa la aportación de facturas de materiales y nóminas de trabajo (STS de 24 de abril de 1987, RA 2787).

Según Del Arco y Pons²⁸⁹ y Martínez Mas²⁹⁰, las partidas económicas que deben incluirse dentro del coste final de la ejecución material de la obra son las siguientes: a) El coste material de la obra, esto es, el coste de los materiales empleados, los salarios del personal y los medios auxiliares utilizados; b) el beneficio industrial pactado; c) el impuesto sobre el valor añadido que grava la ejecución de obra.

Para Martínez Mas²⁹¹, parece que la Ley de Ordenación de la Edificación parte de la base de que se ha practicado la liquidación final de la obra, ya que de otro modo no podría determinarse el coste material de la misma. En muchas ocasiones, la liquidación de la obra es objeto de discusión entre el promotor y el constructor, teniendo que ser los tribunales de justicia quienes determinen y fijen el importe de la liquidación. Cuando tal situación se produzca, ¿se practicará la recepción sin especificar el coste final de la obra? La respuesta ha de ser positiva, puesto que la consignación o no del coste final de la obra no incide ni tiene trascendencia jurídica en el acto de recepción propiamente dicho. No debemos olvidarnos que la recepción es única y exclusivamente el acto por el cual el promotor presta su conformidad a que la obra realizada

²⁸⁹ DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., pp. 375-376, nota 12.

²⁹⁰ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 90, y MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 291.

²⁹¹ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 90-91.

por el constructor es conforme a lo pactado y a las reglas del arte de la construcción.

En cuarto lugar, la declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.

Esta circunstancia, que ha de figurar en el acta de recepción de la obra, la examinaremos con detenimiento en el epígrafe relativo a las clases de recepción de la obra, donde aludimos a la recepción con reservas y sin reservas.

En quinto lugar, las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

El artículo 6.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere a las garantías previstas en el artículo 19.1 por daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción, es decir, el seguro de daños materiales o seguro de caución, que en el caso de los vicios que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra, aunque la prima del seguro deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra [art. 19.2 b)]. También se refiere a otras garantías que el promotor pueda exigir al constructor para el aseguramiento de sus responsabilidades, como las cláusulas penales que se establezcan.

En sexto lugar, el certificado final de la obra.

Al acta de recepción se ha de adjuntar físicamente el certificado final de la obra suscrito por el director de la obra y el director de la ejecución de la obra. Por tanto, ha de constar la fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma como el propio certificado final de la obra.

En evidente conexión con lo que disponen el artículo 12.3 e) y el artículo 13.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación, es imprescindible que el certificado final de la obra sea suscrito tanto por el director de la obra como por el director de la ejecución de la obra.

Es preciso que el acta de recepción vaya precedida por la expedición del certificado final de la obra, a fin de dejar acreditado que la edificación se efectuó conforme al proyecto, que sirvió de base para obtener la preceptiva licencia de obras y que resulta correcta y bien hecha técnicamente.

El artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, relativo a la documentación de la obra ejecutada, establece que el acta de

recepción, que forma parte del Libro del Edificio²⁹², ha de ser entregada por el promotor a los usuarios finales del edificio. La obligación de documentar la recepción incumbe al promotor, que deberá responder, en su caso, por la falta de inclusión de la documentación necesaria en el Libro del Edificio.

Hay que tener en cuenta que el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley de Ordenación de la Edificación (arts 17 y 19) se inicia a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida (art. 6.5). Como observa González Carrasco²⁹³, la razón de que la Ley de Ordenación de la Edificación establezca la obligatoriedad de completar el Libro del Edificio con el acta de recepción viene determinada por la necesidad de que no sólo los adquirentes iniciales, sino cualquier otro posterior puedan conocer con exactitud el *dies a quo* del inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad y garantías establecidos en los artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Aun cuando la Ley de Ordenación de la Edificación no lo diga, habrá de adjuntarse igualmente el «acta aparte» (art. 6.2 d) donde se hará constar la subsanación de los defectos constatados en las reservas del acta de recepción, puesto que la garantía por los daños derivados de defectos que tengan su origen en las partes de la obra sobre las que existieran reservas no son objeto de garantía hasta que hayan sido subsanadas y esta subsanación documentada en acta aparte [arts. 17.1 y 19.9 i])²⁹⁴.

El artículo 9.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación exige y con ello impone al promotor la obligación de hacer entrega al adquirente, en su caso, de la documentación de la obra ejecutada o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

Al disponer del acta de recepción, de la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación y de toda la documentación que constituye el Libro del Edificio, a la que se refiere el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, los usuarios finales del edificio, que son los propietarios y los terceros adquirentes del mismo (art. 17.1 de la Ley de

²⁹² A diferencia de la Ley catalana de 29 de noviembre de 1991, de la vivienda, y del Decreto de 1 de septiembre de 1991, sobre el Libro del Edificio, que no establecen la obligatoriedad de completar el Libro del Edificio con el acta de recepción.

²⁹³ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 177.

²⁹⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 178.

Ordenación de la Edificación), estarán en condiciones idóneas para hacer efectivas las responsabilidades y garantías previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación.

Villagómez Rodil²⁹⁵ subraya que el Libro del Edificio debe tenerlo dispuesto y preparado el promotor en el momento en que comienza a llevar a cabo las enajenaciones de lo construido. Los compradores tienen la obligación de conservarlo para hacer entrega del mismo a los siguientes adquirentes y así sucesivamente, por lo que el Libro constituye la historia constructiva del edificio.

4. Las clases de recepción de la obra

A) *La recepción expresa y la recepción tácita*

Estas dos modalidades de recepción alude a las clases de aprobación de la obra construida por el promotor, a las que anteriormente nos referimos.

B) *La recepción con reservas y la recepción sin reservas*

Según el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la recepción de la obra podrá realizarse con o sin reservas.

A tenor del artículo 6.2 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en el acta de recepción se hará constar la declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.

El artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que la recepción se entenderá tácitamente producida si transcurridos treinta días desde la fecha de terminación de la obra, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

En relación con los plazos de garantía de diez años, por vicios o defectos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, de tres años, por vicios o defectos de habitabilidad, y de un año por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación

²⁹⁵ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 68.

establece que se computan desde la fecha de recepción de las obras, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

En este sentido se pronuncian los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación: el artículo 11.1 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994, el artículo 12 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995, el artículo 6.1 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998, y el artículo 6.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999.

La Ley de Ordenación de la Edificación está en consonancia con el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Derecho francés.

Según expusimos, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas presupone que la recepción de la obra puede hacerse por la Administración con o sin reservas (art. 147.2).

El artículo 1792.6 del Código civil francés establece que la recepción es el acto por el cual el dueño de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas.

González Carrasco²⁹⁶ y Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco²⁹⁷ observan que para que el comitente pueda negarse a aprobar la obra y recibirla no bastará cualquier incumplimiento contractual, pues sería contrario a la buena fe exigida por el artículo 1258 del Código civil.

Según Martínez Mas²⁹⁸, el promotor está obligado a aprobar y recibir la obra, aunque la misma adolezca de pequeñas deficiencias constructivas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que admite la recepción con reservas.

Martínez Mas²⁹⁹ entiende que la recepción con reservas debe limitarse única y exclusivamente a aquellos vicios o defectos de construcción que no tengan una cierta trascendencia o importancia (defectos de terminación o acabado), puesto que si la obra padece de graves defectos constructivos, el promotor podrá rechazar la misma, en virtud de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 6.

²⁹⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 161-162.

²⁹⁷ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 249-250.

²⁹⁸ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra*, cit., p. 99.

²⁹⁹ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 131.

El promotor no puede negarse a recibir la obra si los defectos constructivos son menores; en este caso procederá la recepción con reservas. Como hemos expuesto al referirnos a la recepción de la obra en el Código civil, nuestra jurisprudencia afirma que los defectos de construcción de poca importancia o trascendencia, de tal forma que la obra entregada no aparece como impropia para satisfacer el interés del comitente (promotor), no eximen al comitente de abonar el precio adeudado (SSTS de 17 de abril de 1976, RA 1811; 8 de junio de 1996, RA 4831; 8 de junio de 1996, RA 4833 y 12 de junio de 1998, RA 4130).

Ciertamente el promotor no puede evitar en tal caso el pago del precio oponiendo la excepción de incumplimiento o defectuoso cumplimiento del constructor, pues ello sería contrario a la buena fe exigida por el artículo 1258 del Código civil. Sólo le cabrá efectuar reservas a fin de que sean corregidos los defectos observados.

No procederá aumento del precio por las actuaciones posteriores a la recepción de la obra, que tienen como fin corregir los vicios o defectos que han sido objeto de las reservas. Dichas intervenciones no constituyen aumento de obra, sino prestación debida para el cumplimiento correcto (SSTS de 21 de junio de 1993, RA 4710 y 15 de junio de 1994, RA 4925).

La aprobación con reservas no faculta para oponerse a la recepción, que, en este caso, también será con reservas.

Si se reciben las obras con reservas, se produce la aprobación de toda la obra recibida sin más excepción que aquellas unidades a las que se refieran las reservas.

Las reservas implican que la obra recibida por el promotor presenta determinados vicios o defectos que éste ha observado y que han de ser subsanados por el constructor dentro de un determinado plazo.

La recepción es bajo reserva cuando el promotor conserva la facultad de hacer efectiva la responsabilidad del constructor, por la existencia de determinados vicios aparentes que han de ser subsanados por éste.

Según Villagómez Rodil³⁰⁰, surge el problema de si el promotor puede alegar reparos (reservas) de índole técnica o de ejecución arquitectónica, ya que en la mayoría de los casos se tratará de personas carentes de los conocimientos científicos precisos, por lo que sí procederá si se reúnen estas cualidades o el promotor se hace acompañar de titulados técnicos adecuados y capacitados para aportar las objeciones de tal naturaleza, siendo conveniente que

³⁰⁰ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 60.

también firmen el acta de recepción. Esta situación la Ley de Ordenación de la Edificación no la prevé, pero tampoco la prohíbe expresamente, resultando acomodado para la práctica de las subsanaciones lo que el artículo 6.2 d) establece e impone. La recepción sin reservas implica que el promotor se hace cargo de la obra construida sin haber observado ningún tipo de vicio o defecto que deba ser subsanado por el constructor. Existe una obra debidamente acabada, que no queda sujeta a reparaciones o subsanaciones. Por tanto, se trata de una recepción pura y simple.

Según el artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la recepción se entenderá producida si transcurridos treinta días desde la fecha de terminación de la obra, acreditada en el certificado final de obra, plazo que se contará a partir de la notificación efectuada por escrito al promotor, el promotor no hubiera puesto de manifiesto reservas o rechazo motivado por escrito.

No existe, por tanto, recepción tácita con reservas³⁰¹. Para que existan reservas tiene que existir acta firmada, en la que consten las reservas [art. 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación]. Si la recepción se entiende producida de forma tácita (art. 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación) es imposible concebir la posibilidad de una reserva. Las reservas presuponen una recepción expresa, ya que requieren una declaración expresa del promotor. La recepción tácita no admite reservas. Por hipótesis no es posible una recepción tácita con reservas, pues la formulación de reservas constituye aprobación expresa del resto de la obra³⁰².

La Ley de Ordenación de la Edificación reconoce expresamente que la recepción con reservas es una auténtica recepción, aunque produce efectos jurídicos diversos a los que derivan de la recepción sin reservas³⁰³. González Tausz³⁰⁴ considera que la recepción con

³⁰¹ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 162; CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 443.

³⁰² CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 250.

³⁰³ Sin embargo, MARTÍNEZ MAS (en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 283) considera que cuando el promotor formula reservas no existe una auténtica declaración de recepción de la obra, sino que sólo se formalizará un acta en la que se consignarán los defectos de construcción denunciados y se establecerá un nuevo plazo en el que deberán quedar subsanados los defectos observados, pero en ningún momento tendrá lugar la declaración de recepción de la obra por parte del promotor y mucho menos se producirán los efectos propios de la recepción. La recepción se producirá cuando queden subsanados los defectos observados, ya que de otra manera se desnaturalizaría esta figura jurídica y se llegaría al absurdo en cuanto que se recibe una obra en que el promotor manifiesta su disconformidad por entender que la misma adolece de defectos de construcción.

³⁰⁴ GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 2711, 2712 y 2725.

reservas no es una recepción condicionada sino una recepción compleja que conlleva dos momentos: el inicial de recepción y el final de subsanación.

Cuando la recepción es con reservas el constructor debe subsanar los defectos observados en el plazo establecido al efecto.

Una vez que tiene lugar la subsanación de los defectos, tal circunstancia no se hará constar en el acta de recepción, sino en un acta independiente, que ha de ser suscrita por los firmantes de la recepción.

En rigor, hasta que no sea suscrita dicha acta, que no es la de recepción, como hemos señalado, no pueden considerarse subsanados los defectos objeto de reservas. La suscripción de esta acta por los firmantes de la recepción, implica el reconocimiento por éstos de la subsanación de las reservas, utilizando los términos que aparecen en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La circunstancia de que la recepción de la obra sea sin reservas o con reservas, tiene una gran trascendencia en relación con el régimen de las responsabilidades y garantías.

Los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal se cuentan desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas. Sin embargo, cuando existen reservas, el criterio es otro, ya que se atiende a la subsanación de éstas, lo cual presupone que el constructor ha hecho desaparecer los vicios o defectos denunciados por el promotor al proceder a la recepción de la obra (art. 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Según González Carrasco³⁰⁵, que el inicio de los plazos de responsabilidad (y por tanto de la responsabilidad solidaria que corresponde al promotor en virtud del artículo 17.3) se posponga a la fecha del acta de recepción sin reservas o desde la subsanación de éstas (artículo 6.5 completado con el 17.1) significa que el promotor que manifiesta reservas prolonga el período de responsabilidad frente a los sucesivos adquirentes respecto de los elementos o instalación objeto de la misma, ya que, en virtud de los artículos citados, el acta que determina el inicio de la responsabilidad en relación con los mismos es «el acta aparte» en la que, según el artículo 6.2 c), habrá de hacerse constar la subsanación de los defectos.

Las garantías que establece la Ley de Ordenación de la Edificación por daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción operan sin ninguna restricción cuando tiene lugar la recepción de la obra sin reservas, mientras que cuando se produce

³⁰⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 164.

con reservas, salvo pacto en contrario, las garantías no cubrirán los siniestros que tengan su origen en partes de obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción (art. 19.9 i) de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Sierra³⁰⁶ observa que como los plazos de responsabilidad y de garantía no empiezan a contar hasta la fecha de la recepción de la obra, mientras haya reservas no han empezado a contar los plazos y el seguro obligatorio no puede responder de los daños producidos en la parte de lo edificado sometido a reserva.

González Carrasco³⁰⁷ considera que el sistema previsto por la Ley de Ordenación de la Edificación desincentiva la diligencia del promotor en la manifestación de las reservas oportunas³⁰⁸, al menos cuando se ha optado por la modalidad del seguro de daños materiales o de caución del artículo 19.1 a) y no por la retención del 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra. En efecto, el artículo 19.9 de la ley de Ordenación de la Edificación excluye –salvo pacto en contrario– de la cobertura de los seguros de daños

³⁰⁶ SIERRA, «La responsabilidad en la construcción y la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, n.º 3, p. 133.

³⁰⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 163.

³⁰⁸ También CARRASCO (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 444) observa que el promotor no tiene suficientes incentivos a hacer constar las reservas en el acta de recepción, respecto de los defectos de acabado, porque él es el asegurado del seguro concertado por el constructor, y la reserva impedirá que entre en vigor la cobertura correspondiente. Respecto de los otros defectos (habitabilidad y ruina), porque la inexistencia de cobertura incrementa el riesgo de que sea el propio promotor el que resulte demandado por los adquirentes y porque, en último extremo, él mismo es asegurado mientras el inmueble no se haya transmitido a terceros.

CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 250) señalan que la recepción puede producirse con o sin reservas. En el primer caso, el artículo 6.2 d) exige que las mismas se formulen expresamente en el acta de recepción, donde se fijará un plazo para su subsanación; esta última se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción. La recepción con reservas no impide que se produzcan los efectos propios de la recepción, incluido también el inicio de los plazos de los artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, si bien, como expresa (mejor) el artículo 19, no habrá responsabilidad por los daños que tengan su causa en reservas formuladas por el promotor. Es por ello que el promotor no tiene ningún incentivo para recibir la obra con reservas, pues de los daños causados por los defectos manifestados responderá exclusivamente él, sin que, además, estén cubiertos por el seguro.

Por otra parte, la omisión de los requisitos formales a los que la Ley de Ordenación de la Edificación sujeta la recepción con reservas no impedirán entender que éstas se formularon. Pero nuevamente hay que distinguir: a la reclamación de los propietarios no comiten frente al responsable o al asegurador no se le podrá oponer que el daño procede de un defecto que fue señalado por el promotor en cualquier forma distinta de la prevista en el artículo 6.2 e) de la Ley de Ordenación de la Edificación. Pero entre las partes sí es oponible la reserva formulada en cualquier forma, así como exigible su reparación. Ahora bien, por hipótesis no es posible una recepción tácita con reservas, pues la formulación de reservas constituye aprobación expresa (aún verbal) del resto de la obra.

materiales o caución, «los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción». Dado que el objeto de las reservas lo constituyen los defectos menores –identificables mayoritariamente por lo tanto con los defectos de terminación y acabado de las obras garantizados por espacio de un año con la modalidad de seguro del artículo 19.1 a), que tiene como asegurado al propio promotor–, el promotor que realiza reservas se autoexcluye, hasta el momento de la subsanación de los defectos, del régimen de cobertura de dichas garantías. Bien es cierto que existe la posibilidad de la sustitución de dicho seguro por la retención por su parte de 5 por 100 del importe de ejecución material de la obra (artículo 19.1 a), de manera que podrá proceder a la reparación a costa del constructor o responder con dichas cantidades de las reclamaciones de los adquirentes. Y que su exclusión como asegurado podrá paliarse, además, con las correspondientes garantías establecidas en el acta de recepción (con reservas) para asegurarse de la reparación de los defectos observados.

Para Carrasco³⁰⁹, puesto que el régimen de responsabilidades y garantías sólo adquiere eficacia cuando se firme el acta de recepción (al menos por el promotor y constructor) (art. 6.5) y esta recepción tenga lugar sin reservas (art. 17.1), la Ley infiere que mientras existan tales reservas los siniestros no constituirán realización del riesgo cubierto por la póliza. Siempre, claro está, que exista relación de causalidad entre la causa de la reserva y el vicio o defecto, no bastando que existan reservas para que ya de cualquier forma quede excluida la indemnización.

El seguro de daños no es un seguro de responsabilidad civil, y por ello no es preciso en teoría que la responsabilidad del asegurador se haga depender de que exista posibilidad de imputar el daño al asegurado (o tomador, en este caso). Era perfectamente posible haber construido un seguro de daños en el que el riesgo cubierto no se hiciese depender de la recepción sin reservas, sino de la entrega de la obra o de su enajenación a terceros. De esta forma, y con la decisión legal, que únicamente beneficia a los aseguradores, es el tomador, obligado frente al adquirente a concertar el seguro, el que dispone discrecionalmente del tiempo en que tal obligación pueda hacerse efectiva, para lo cual le basta con hacer constar reservas a la recepción.

Las reservas se tienen que especificar en el acta de recepción de la obra de manera objetiva. De esta manera, la Ley de Ordenación de la Edificación, en el artículo 6.2 d), pretende que las reservas ten-

³⁰⁹ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de ordenación de la Edificación*, cit., p. 442.

gan un sólido fundamento, apoyándose en un criterio objetivo³¹⁰. La obra ha de presentar realmente defectos que tienen que ser subsanados por el constructor. Se quiere evitar que las reservas sean un mero pretexto del promotor para rehusar el pago del precio al constructor o para que las garantías previstas en la Ley de Ordenación de la Edificación no cubran los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción [art. 19.9 i)].

El carácter objetivo de las reservas determina, lógicamente, que si existe un desacuerdo entre el promotor y el constructor en torno a su procedencia, es decir, el constructor no está de acuerdo con las reservas formuladas por el promotor, al estimar que la obra no presenta los vicios o defectos denunciados por éste, que deban ser subsanados, será el juez quien atendiendo al criterio objetivo al que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación decida si las reservas están o no justificadas.

En este sentido, Villagómez Rodil³¹¹ puntuiza que el constructor puede hacer constar en el acta de recepción que a su juicio la obra se encuentra debidamente acabada y se ajusta a las relaciones contractuales convenidas y, al no aceptarla en estas condiciones el promotor, se produciría un enfrentamiento de las partes que habrá de resolverse en vía arbitral si se estableció o mediante el correspondiente proceso civil.

En el acta de recepción se hará constar el plazo en que deben quedar subsanados los defectos observados por el promotor.

Como la recepción se configura como un acto contradictorio, en el que intervienen necesariamente el promotor y el constructor, habrá de atenderse al acuerdo de éstos para determinar la duración de dicho plazo. A tal efecto, la importancia de los defectos observados será decisiva para establecer el plazo en que tienen que ser subsanados los defectos por el constructor.

Villagómez Rodil³¹² señala que los firmantes del acta de recepción son los que fijarán mediante el correspondiente acuerdo el plazo para llevar a cabo las obras de reparación de las deficiencias e irregularidades de las que hace denuncia y poder proceder a la recepción en su día.

La imperatividad de la expresión «deberán quedar subsanados los defectos observados», puede conducir, ante el vacío legal, a sos-

³¹⁰ Como dice VILLAGÓMEZ RODIL (*Derecho de la edificación*, cit., p. 60), la norma establece que las reservas deben ser objetivas, con lo que excluye toda interpretación subjetiva o personal.

³¹¹ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., pp. 60-61.

³¹² VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 60.

tener que corresponde fijar el plazo de subsanación al promotor, pero, como puntualiza atinadamente Villagómez Rodil³¹³, resultaría una disposición del contrato que lo desequilibraría y nadie mejor que el constructor y los técnicos para conocer el alcance de estas obras reparadoras y el tiempo necesario para su correcta ejecución. Por eso el referido plazo se ha de fijar por acuerdo conjunto, que autorizaría a demorar el pago del precio de la obra o parte del mismo.

El constructor se compromete a subsanar los defectos en el plazo fijado, incurriendo en responsabilidad si no los subsana dentro del mismo. La demora del constructor implica que deba indemnizar al promotor por los perjuicios que éste sufra a consecuencia de ello.

Hemos dicho que el plazo ha de ser fijado por el promotor y el constructor. Se plantea el problema de determinar qué sucede si estos no se ponen de acuerdo a la hora de fijar el citado plazo. Parece evidente que será el juez quien tenga que determinar su duración.

Concurriendo los requisitos necesarios, el constructor está obligado a realizar los trabajos precisos para la reparación o subsanación de los defectos dentro del plazo establecido, de común acuerdo, con el promotor. En caso de incumplimiento en el plazo fijado, los trabajos de reparación podrán ser ejecutados a cargo y riesgo del constructor incumplidor. La constatación de que los trabajos de reparación han sido debidamente ejecutados puede hacerse amistosamente por las partes o en vía judicial.

Como subraya Villagómez Rodil³¹⁴, de aceptar el constructor llevar a cabo la subsanación de los defectos que el promotor ha denunciado, la ejecutará en el plazo fijado, procediendo a una nueva entrega y levantamiento de acta de recepción, que resulta ser complementaria de la primera y originaria.

Puede suceder que el promotor no quede satisfecho con estas obras ampliadas y como ocurrió la primera vez haga constar su reserva. Ante el vacío legal, puede admitirse que cabe fijar un nuevo plazo para subsanar lo que se presenta como subsanado y así sucesivamente de persistir una ejecución defectuosa, hasta que el promotor dé su conformidad definitiva y acepte plenamente la obra, que deberá constar en el correspondiente acta, que actuaría como acta final y de cierre y con efectos jurídico-civiles.

El objeto de las reservas son los defectos observados por el promotor.

³¹³ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 60.

³¹⁴ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 61.

El artículo 6.2 d) se refiere a cualquier tipo de defecto que presente la obra. No establece distinción alguna, al aludir simplemente a los defectos observados.

Este criterio parece que es confirmado por los artículos 17.1 y 19.9 i).

La interpretación literal de los preceptos citados conduce a que puede ser objeto de recepción con reservas cualquier tipo de defecto que presente la obra, y por tanto, habría que incluir tanto los defectos de terminación o acabado como los de habitabilidad y los estructurales, que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

Sin embargo, González Carrasco³¹⁵ señala que la recepción con reservas procede cuando los defectos constructivos son menores. La existencia de defectos menores dará lugar a un acta de recepción con reservas, mientras que los defectos mayores o la falta de terminación de la obra habrá de plasmarse en un acta de rechazo que fije un nuevo plazo para la recepción.

El objeto de las reservas lo constituyen los defectos menores, identificables mayoritariamente con los defectos de terminación y acabado de las obras garantizados por espacio de un año.

En el mismo sentido se pronuncia González Tausz³¹⁶ al decir que las reservas sólo deberían ceñirse a vicios o defectos en la terminación o acabado, puesto que si se basaran en defectos graves que pudieran comprometer los requisitos de habitabilidad o estabilidad del edificio, el promotor debería acogerse al rechazo justificado de la obra fundamentándose en el artículo 6.3. Por ello, los defectos que puedan ocasionar daños materiales encuadrables en los artículos 17.1 a) y b) de la Ley de Ordenación de la Edificación son motivo de rechazo y los defectos de terminación o acabado que ocasionen daños materiales son objeto simplemente de reserva.

Lo correcto para facilitar la mecánica de las recepciones hubiese sido determinar *ex lege* que las reservas sólo podían basarse en los vicios o defectos del artículo 17.1 *in fine*. También habría ayudado determinar cuáles eran los motivos del rechazo.

También Martínez Mas³¹⁷ entiende que la declaración de recepción con reservas queda limitada a defectos constructivos de poca importancia o trascendencia, esto es, a defectos de terminación o

³¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 161-163.

³¹⁶ GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 2711-2713 y 2725.

³¹⁷ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 76.

acabado, ya que en el caso de que se esté en presencia de graves defectos de construcción, el promotor podrá rechazar la obra en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Los vicios o defectos observados por el promotor que determinan que la recepción sea con reservas, han de ser subsanados por el constructor en el plazo previsto, y una vez que hayan sido subsanados, se hará constar, en un acta independiente de la recepción de la obra, que ha tenido lugar la subsanación de los vicios o defectos. Este acta será suscrita por los firmantes de la recepción. Aunque no lo diga expresamente el artículo 6.1 d), en la misma se hará constar que los defectos observados por el promotor han sido subsanados, lo cual implica una declaración de todos los firmantes de la recepción, no sólo del promotor, en tal sentido, porque todos han de suscribir el acta de subsanación de los vicios o defectos. En dicha acta figurará, lógicamente, la fecha en que la misma es suscrita por todos los firmantes de la recepción, reconociendo que los vicios o defectos han sido subsanados.

Cordero Lobato³¹⁸ denomina a este acta, independiente de la de recepción, acta de subsanación, que presupone que la recepción es con reservas, y que, como dice el artículo 6.2 d), es un acta que se firma aparte –es, por tanto, distinta– de la de recepción.

Como observa González Tausz³¹⁹, la Ley de Ordenación de la Edificación recoge la figura del *acta aparte* [art. 6.2 d)] como documento agregado al acta de recepción, lo cual conforma la inexistencia de una recepción condicionada (no lo es la recepción con reservas) y se constituye como el documento acreditativo de la subsanación.

De igual manera que el acta de recepción, la suscripción del acta de subsanación implica un requisito de carácter formal exigido por la Ley de Ordenación de la Edificación, que se concreta en que la declaración de subsanación de los defectos observados conste en un documento privado, que ha de ser suscrito necesariamente por todos los firmantes de la recepción.

La importancia del acta de subsanación es extraordinaria, lo que explica que su existencia sea impuesta imperativamente por la Ley de Ordenación de la Edificación, que tenga que ser suscrita necesariamente por todos los firmantes de la recepción y que sea independiente del acta de recepción.

³¹⁸ CORDERO LOBATO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 342.

³¹⁹ GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., p. 2172.

En efecto, el artículo 17.1 establece que los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal por daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de construcción se computan desde la fecha de la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas. Como ya sabemos, la subsanación de las reservas tiene lugar jurídicamente cuando consta en la que hemos denominado acta de subsanación, independiente del acta de recepción. Por tanto, será desde la suscripción del acta de subsanación, siendo la recepción con reservas, cuando se computen los citados plazos de garantía de uno, tres y diez años.

Además, las garantías a que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación (seguro de daños materiales o seguro de caución), salvo pacto en contrario, no cubrirán los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción [art. 19.9 i)].

Con buen criterio, no prosperó la enmienda núm. 42 del Grupo Parlamentario Mixto (primer firmante: señor Chiquillo Barber) al artículo 6.2 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación ³²⁰, en la que no se alude al acta de subsanación de los defectos observados.

C) La recepción provisional y la recepción definitiva

Como hemos visto, en el sistema del Código civil la doctrina y la jurisprudencia entienden que los contratantes pueden pactar que la recepción definitiva vaya precedida de una recepción provisional de la obra. Este pacto está inspirado en la derogada reglamentación administrativa del contrato de obra, concretada básicamente en los artículos 54 y 55 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965. Sin embargo, con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 desapareció la duplicidad de recepciones (provisional y definitiva). Ahora, los artículos 110 y 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas disponen una única recepción a la que sigue un plazo de garantía.

La misma solución se acoge en el Derecho francés, donde, como expusimos, la recepción es única a tenor del artículo 1792.6 del Código civil, rechazándose la antigua fórmula de la norma

³²⁰ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyecto de Ley, 21 de mayo de 1999. núm. 163-9.

P. 03001 que preveía una recepción en dos tiempos, una provisional, otra definitiva.

Igual criterio, y seguramente por influencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Derecho francés, se acoge en la Ley de Ordenación de la Edificación, que sólo alude a la recepción de la obra con o sin reservas. En el mismo sentido se pronuncian los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación, que no contemplan la recepción provisional, aunque no excluyen que pueda ser acordada por el promotor y el constructor: el artículo 11 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994, el artículo 12 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995, el artículo 6 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 y el artículo 6 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999.

Como observa Seijas³²¹, el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación no distingue entre recepción provisional y definitiva, como era práctica habitual, al objeto de facilitar con la primera la comprobación de la obra.

En esta línea, González Tausz³²² pone de relieve que en la Ley de Ordenación de la Edificación desaparecen las recepciones provisional y definitiva debido a las siguientes razones: a) Unificar el nuevo sistema que ya había instaurado el artículo 147 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La eliminación de la dualidad de recepciones debe entenderse acertada, pues el Consejo de Estado ya había llamado la atención sobre el carácter equívoco de las llamadas recepción y liquidación provisionales, que pese a ese calificativo, eran en realidad actos definitivos de conclusión de la relación contractual³²³; b) innecesariedad del lapso entre recepción provisional y definitiva al existir ya un plazo de garantía de un año para vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado (art. 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Esta era la tipología de vicios o defectos por excelencia que en la práctica se reseñaban en las actas de recepción provisional; c) la dificultad de acordar en debida forma la recepción definitiva. Dificultad, por otro lado, lógica debido a que, transcurrido un año, era difícil discernir qué vicios o defectos se debían a una mala ejecución y qué otros se debían a un uso o man-

³²¹ SEIJAS, «La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación», cit., p. 122.

³²² GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 2710-2711.

³²³ LEGUINA VILLA, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1996, p. 696.

tenimiento incorrecto. También fomentaba esta dificultad la baja actividad de los agentes intervinientes respecto a la edificación terminada, dando lugar a la frecuente figura de la recepción definitiva tácita; d) ajustarse al régimen del artículo 1592 del Código civil de recepción única.

Como señala González Carrasco³²⁴, no es recepción provisional la recepción en la que se manifiestan reservas, aunque de la recepción en estas condiciones derive la norma [el art. 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación] una nueva acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción. Porque, para que la recepción sea provisional, es preciso que tras la misma se inicie un período de garantía en el que se pueden detectar y poner de manifiesto incluso defectos aparentes que no han sido objeto de reservas en la primera de las recepciones, y respecto de los cuales no ha quedado por lo tanto extinguida la responsabilidad del constructor. Por lo mismo, no existe propiamente dualidad de recepciones a este efecto cuando en el momento en que se procede a la única de las existentes se produce un rechazo a la aprobación de la obra por incumplimientos graves del contrato o por su falta de terminación; rechazo que, como ordena el artículo 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, ha de plasmarse de forma motivada en un acta (que no será de recepción), en la que, además, se establecerá un «nuevo plazo» para realizar la recepción. Porque, ni lo que se plasma en ese acta es una recepción provisional, ni la recepción cuyo plazo se señala en la misma es una nueva recepción ahora definitiva, sino la primera y única existente, que tendrá lugar si se procede al cumplimiento correcto con la terminación, reparación y destrucción, en su caso, de lo mal hecho.

La circunstancia de que la Ley de Ordenación de la Edificación, en su artículo 6, no contemple la recepción provisional, no significa que no quepa que las partes, es decir, el promotor y el constructor, puedan pactarla, de igual manera que, como vimos, pueden hacerlo el comitente y el contratista en el marco de las obras a las que se aplica el Código civil³²⁵.

La posibilidad de un pacto del promotor y el constructor por cuya virtud acuerden una recepción provisional es indiscutible,

³²⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 150.

³²⁵ En este sentido, DEL ARCO y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 379; VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 58; CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 434; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 252; GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 151.

según se infiere del propio artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, al admitir el pacto expreso en contrario a la hora de determinar cuando tendrá lugar la recepción de la obra. Por consiguiente, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, reconocido con carácter general en el artículo 1255 del Código civil, y que está presente en el citado artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación, el promotor y el constructor pueden acordar una dualidad de recepciones, la provisional y la definitiva. Más aún, es predecible, según González Carrasco³²⁶, que el sistema previsto por la Ley de Ordenación de la Edificación –recepción definitiva precedida de certificado de finalización de obra suscrito por la dirección facultativa–, acabe siendo sustituido en la práctica por un proceso consistente en una dualidad de recepciones³²⁷.

Si cabe la recepción provisional, cuando lo acuerden expresamente el promotor y el constructor, en el acta de recepción provisional se harán constar las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades. Durante el plazo existente entre ambas recepciones, que no suele exceder de un año, son garantías típicas la retención de un porcentaje del precio o la constitución de avales.

³²⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 151.

³²⁷ En cambio, MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 121-122) considera que en aquellas edificaciones sometidas a la Ley de Ordenación de la Edificación no es posible, desde el punto de vista práctico, el establecimiento de dualidad de recepciones a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y 17 de dicha Ley. En este sentido, si el artículo 6 sólo hace referencia a la recepción total y parcial y a la recepción expresa y tácita, es porque el legislador no ha querido incluir la dualidad de recepciones, no pudiendo entenderse su omisión como un olvido legislativo.

Desde el punto de vista práctico no va a ser posible el establecimiento de la dualidad de recepciones por los siguientes motivos:

1. Se retrasaría el inicio del cómputo de los plazos de prescripción de las responsabilidades establecidas en el artículo 17.
2. Se retrasaría el inicio de las garantías exigidas por el artículo 19.
3. Se retrasaría el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o de la autorización del acta notarial acreditativa de su terminación de una obra ya inscrita en construcción, ya que el Registrador exigirá que se acredite la constitución y vigencia de las garantías exigibles y previstas en el artículo 19.
4. La dualidad de recepciones sólo beneficia al promotor, en cuanto que se establece un período de garantía convencional para comprobar la correcta ejecución de la obra, pero por el contrario, perjudica, no sólo al constructor, sino también a la compañía de seguros que haya suscrito la póliza de responsabilidad decenal.
5. Los futuros adquirentes de viviendas querán formalizar la correspondiente escritura de compraventa teniendo debidamente inscrita la declaración de obra nueva terminada y la póliza de seguro que cubre la responsabilidad decenal en los términos previstos en el artículo 19 en vigor.

D) La recepción total y la recepción parcial

Cuando el promotor aprueba y recibe la totalidad de la obra construida, se está en presencia de una recepción total; cuando el promotor aprueba y recibe una o varias partes de la obra construida, que presentan una propia individualidad y autonomía, la recepción es parcial.

En este sentido, es muy clara la Ley de Ordenación de la Edificación, que contempla tanto la recepción total como la recepción parcial.

La recepción es total cuando comprende la totalidad de la obra construida, mientras que es parcial cuando abarca fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes (art. 6.1).

En el mismo sentido se pronuncian los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación: el artículo 11.1 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994, el artículo 12.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995, el artículo 6.1 del Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 y el artículo 6.1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999.

Villagómez Rodil³²⁸ precisa, con respecto a la recepción parcial, que cabe que la recepción se efectúe por fases completas y terminadas, pero debe especificarse y concretarse debidamente su contenido, a efectos de evitar que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio del constructor, lo que prohíbe el artículo 1256 del Código civil.

Para que proceda la recepción parcial es imprescindible que lo acuerden las partes del contrato de obra. Sin este acuerdo la recepción debe ser total. Así lo subraya Castro Bobillo³²⁹ al decir que la recepción parcial procede siempre que se haya acordado.

Como observa Martínez Mas³³⁰, la recepción parcial de la obra se produce en los siguientes supuestos: 1) Cuando las partes lo hayan pactado expresamente en el contrato de obra. 2) Cuando las partes lo hayan pactado durante la ejecución material de la obra. 3) Cuando la obra sea por piezas o por medida.

De los tres supuestos mencionados, los dos primeros no plantean problema alguno, puesto que están admitidos expresamente

³²⁸ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 57.

³²⁹ CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 436.

³³⁰ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 81; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 108.

por la Ley de Ordenación de la Edificación al establecer que «la recepción de la obra deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes». Respecto a la recepción parcial de la obra en los casos de que se haya contratado la obra por piezas o por unidad de medida, también es posible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1592 del Código civil, que establece que «el que se obliga a hacer una obra por piezas o medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha».

Villagómez Rodil³³¹ también considera aplicable el artículo 1592 del Código civil, que autoriza a celebrar contratos en los que la ejecución de la obra lo sea por piezas o por medida, quedando en este caso el arrendatario (promotor) obligado a la recepción parcial. La STS de 7 de octubre de 1964 (RA 4326) declara perfectamente aplicable dicho artículo 1592 a los contratos de construcción de edificios, ya que, por lo general, pueden dividirse en piezas independientes.

En esta línea, Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco³³² puntualizan que la Ley de Ordenación de la Edificación admite la posibilidad de recepciones parciales (art. 6.1), como se deduce claramente de la Ley de Ordenación de la Edificación, la recepción parcial no es imperativa ni siquiera en aquellos casos en que el contrato de obra tiene por objeto unidades divisibles, verificables separadamente. Tampoco es imperativo conforme al artículo 1592 del Código civil (STS de 23 de junio de 1964, RA 3290). Es aplicable el artículo 1592 del Código civil: en obras por piezas o por medidas en las que nada se haya pactado, el contratista puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción.

A pesar de la recepción parcial, el *dies a quo* de las acciones de los artículos 17 y 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación es único, el momento de la recepción total (o el de la última recepción parcial), pues uno sólo es el plazo al que se refiere el artículo 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Por lo demás, dado que si la recepción parcial es definitiva extingue, como veremos, las pretensiones por defectos aparentes, no podrá entenderse recibida parcialmente la obra cuando no sea posible comprobar la correcta incardinación y coordinación de lo terminado con respecto a lo que reste por entregar.

³³¹ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., pp. 57-58.

³³² CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZALEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 253.

Se aprecia una evidente armonía con lo que acontece en la contratación de obras públicas, donde, como expusimos, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempla como regla general la recepción de la obra completa y acabada, pues sólo así puede quedar liberado el contratista de su obligación principal, estableciéndose que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto (art. 110.1). Sin embargo, se contempla expresamente la recepción parcial, ya que podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato (art. 147.5).

Como también expusimos, en el Derecho francés el artículo 1792.6 del Código civil se refiere exclusivamente a la recepción de la obra con o sin reservas. Sin embargo, la doctrina señala que la recepción parcial de los trabajos, admitida en la práctica anterior a la Ley de 4 de enero de 1978, no parece condenada por el artículo 1792.6 que contempla la recepción de la «obra», sin que esta designación concierna necesariamente al conjunto de los trabajos.

5. Los efectos de la recepción definitiva de la obra

La Ley de Ordenación de la Edificación atribuye a la recepción de la obra, que es la definitiva, una serie de importantes efectos jurídicos, lo que evidencia la extraordinaria importancia que tiene la misma en el proceso edificatorio. Estos efectos son civiles, en cuanto que la recepción de la obra supone el cumplimiento del contrato por parte del constructor. Las normas reguladoras son de Derecho civil, aunque el certificado final de obra que a ella se ha de adjuntar tenga relevancia en el ámbito jurídico-administrativo³³³. Además de los efectos que se desprenden directamente de la Ley de Ordenación de la Edificación, existen otros, que tienen que ver con el contrato de obra que vincula al promotor con el constructor. También hay que mencionar aquellos efectos que algunos autores conectan a la recepción de la obra, pero que, en realidad, no derivan de ésta, sino, más bien, de la entrega de la obra.

Los principales efectos que derivan de la recepción definitiva de la obra son los siguientes:

³³³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 256.

1.º Los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal que prevé el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se cuentan desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Como observa Martínez Mas³³⁴, se trata de una de las novedades de la Ley de Ordenación de la Edificación, puesto que con anterioridad se planteaba el problema en la doctrina científica de cuando comenzaba el plazo de garantía de responsabilidad decenal.

Seijas³³⁵ pone de relieve que con los artículos 6.5 y 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación se suprime el punto de partida anterior «desde que concluyó la construcción», que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: a) el de la terminación material de la obra; b) el de la entrega o puesta a disposición de la obra; y c) aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente.

Se sigue en este sentido el criterio que había que adoptar en torno al artículo 1591 del Código civil para computar el plazo de garantía decenal, pues la obra inmobiliaria sólo puede entenderse concluida, en sentido jurídico, que es al que se refiere este precepto, cuando es aprobada y recibida definitivamente por el comitente³³⁶.

De manera expresa se refieren a la recepción de la obra los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación: el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994 (art. 51), el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995 (art. 12.4), el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (art. 19) y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999 (art. 17.1).

También se refiere a la recepción de la obra para computar el plazo de garantía decenal por ruina el Proyecto por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 12 de abril de 1994 (art. 1600).

³³⁴ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 144.

³³⁵ SEIJAS, «La responsabilidad en la LOE: criterios de imputación», cit., p. 122.

³³⁶ Amplia información doctrinal por CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», ADC, 2000, p. 472, nota 18. También RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., p. 882; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil*, II, cit., p. 605; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 144-145.

En el Derecho francés, la garantía de perfecta terminación, la garantía bienal y la garantía decenal se computan desde la recepción de la obra (arts. 1792.6, 1792.3 y 2270 del Código civil)³³⁷.

La Ley de Ordenación de la Edificación acoge este criterio, despejando, en principio, cualquier tipo de duda al respecto, lo cual es plausible³³⁸. Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena³³⁹ señalan que de la observancia de determinadas formalidades en aras de la certeza y la seguridad jurídica resulta que la recepción es punto de conexión óptimo para enlazar con el régimen de responsabilidades y garantías, pieza angular y verdadera novedad del sistema legal en su conjunto.

Sin embargo, esta Ley contiene normas que no son totalmente coincidentes para determinar el inicio del cómputo de los plazos de garantía del artículo 17.1. Por un lado, el artículo 6.5 dispone que los plazos de responsabilidad y garantía se computarán a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando la misma se entienda tácitamente producida conforme al artículo 6.4. Parece, pues, que en el artículo 6.5 lo determinante no es el momento en que se suscriba el acta de subsanación, sino el del acta de recepción. Pero el artículo 17.1 contradice esta conclusión, pues establece que los plazos de garantía se computarán desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas. En el artículo 17.1 lo relevante es, por tanto, el momento en que se firmó el acta de recepción sin reservas, o bien el acta de subsanación de las deficiencias sobre las que versó la reserva³⁴⁰.

³³⁷ Amplia exposición de la doctrina francesa por CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 473-474.

³³⁸ MARTÍNEZ MAS, en MERCAN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 294 y 297; GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., p. 2709; CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 435.

³³⁹ XIMÉNEZ DE SANDOVAL Y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 52.

³⁴⁰ CORDERO LOBATO (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 341-343) señala que la Ley de Ordenación de la Edificación contiene diversas normas que son contradictorias entre sí, para determinar el inicio del cómputo de los plazos de garantía del artículo 17.1. La importancia de este extremo es fundamental, pues antes de que se inicie el plazo de garantía no hay responsabilidad conforme al artículo 17, es decir, los adquirentes sólo tendrían acciones de responsabilidad contractual (arts. 1124 y 1101 y siguientes del Código civil) frente al promotor.

Según resulta del artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación, la secuencia recepción/reservas/inicio de los plazos de garantía, puede relatarse como sigue: 1) En primer lugar, el promotor puede rechazar la recepción cuando la obra no está terminada o no se ajusta a las condiciones contractuales, hecho que se hará constar en un acta, que podemos llamar acta de rechazo de la recepción (art. 6.3). 2) En segundo lugar, el promotor puede recibir la obra, con o sin reservas, y en ambos casos se suscribirá el acta de recepción que regula el artículo 6.2. 3) Si la recepción fue con reservas, cuando éstas se

A nuestro juicio, aunque el artículo 6.5 se refiera exclusivamente a la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se

subsanen se extenderá otra acta, que podemos llamar acta de subsanación y que, como dice el artículo 6.2 a), es un acta que se firma aparte –es, por tanto, distinta– de la de recepción.

Ahora bien, dejando aparte el acta de rechazo, ¿cuál de los otros dos momentos es el relevante para determinar el inicio del cómputo de los plazos de garantía? La confusión viene propiciada por la propia Ley de Ordenación de la Edificación, que, en diversos lugares, se pronuncia de forma contradictoria. Por un lado, el artículo 6.5 dispone que los plazos de responsabilidad y garantía se computarán a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando la misma se entienda tácitamente producida conforme al artículo 6.4. Parece, pues, que en el artículo 6.5 lo determinante no es el momento en que se suscriba el acta de subsanación, sino el del acta de recepción. Pero el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación contradice esta conclusión, pues la norma dispone que los plazos de garantía se computarán «desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas». En el artículo 17.1 lo relevante es, por tanto, el momento en que se firmó o bien el acta de recepción sin reservas, o bien el acta de subsanación de las deficiencias sobre las que versó la reserva. Pero las contradicciones de la Ley de Ordenación de la Edificación no terminan aquí, pues el artículo 19.9 i) dispone que las garantías del artículo 19 no cubrirán «los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas y las subsanaciones queden reflejadas en una nueva acta suscrita por los firmantes del acta de recepción». Es decir, las garantías del artículo 19 no cubren los siniestros causalizados en las reservas, pero «a contrario» sí cubren los defectos de una obra recibida con reservas que no tengan su origen en las reservas formuladas.

Las interpretaciones posibles de la discordancia que acaba de señalarse son dos:

1.º El plazo de garantía se computa a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, pero no habrá responsabilidad conforme a la Ley de Ordenación de la Edificación por los daños del artículo 17.1 que tengan su causa en las deficiencias que fueron el objeto de las reservas que el promotor formuló en el acta de recepción. Estas deficiencias, o mejor, los daños que de ellas se deriven sólo estarán sujetos a responsabilidad ex artículo 17 cuando las mismas se corrijan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación.

2.º La segunda forma de interpretar la solución del problema es entender que, como dice claramente el artículo 17.1, los plazos de garantía se inician con la recepción sin reservas o con el acta de subsanación de las mismas.

CORDERO LOBATO (*Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 343) estima correcta la primera interpretación, que, además, es congruente con lo que prevé el artículo 19.9 i) de la Ley de Ordenación de la Edificación con respecto al seguro. En definitiva: producida la recepción, aun con reservas, se inician los plazos de garantía del artículo 17.1, pero no habrá lugar a responsabilidad por aquellos defectos constructivos que tengan una conexión causal con las reservas formuladas en el acta, hasta que éstas se subsanen. Naturalmente, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de que el comitente pueda negarse a recibir una obra que sólo tiene defectos menores, situación en la que deberá recibirla con reservas, asistiendo el derecho de que las deficiencias se subsanen (SSTS de 17 de abril de 1976, RA 1811; 30 de enero de 1992, RA 1518; 8 de junio de 1996, RA 4831 y 8 de junio de 1996, RA 4833, entre otras), ésta es una regla que hace extremadamente conveniente no formular ninguna reserva en el acta de recepción.

En la misma línea, CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 298) señalan que, aunque se proceda a la recepción con reservas [cfr. art. 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación], el plazo de garantía se computa siempre desde la fecha en que se suscriba el acta de recepción, pero no habrá lugar a responsabilidad conforme a la Ley de Ordenación de la Edificación por los daños del artículo 17.1 que tengan su causa en las deficiencias que fueron el objeto de las reservas que el promotor formuló en el acta de recepción. Los daños que se deriven de las deficiencias así señaladas sólo están sujetos a responsabilidad ex artículo 17 de la Ley de Ordena-

entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior, para computar los plazos de responsabilidad y garantía fijados en la Ley de Ordenación de la Edificación, no cabe duda que los mismos se cuentan, de acuerdo con el artículo 17.1, desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas. Esto significa que si la recepción de la obra se ha producido sin reservas, a partir de este momento se computan los pla-

ción de la Edificación cuando las mismas se corrijan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación [cfr. art. 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación].

Para CASTRO BOBILLO («Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 438), el cómputo de los plazos de garantía (diez años para los vicios estructurales, tres para los defectos de habitabilidad y uno para los defectos de acabado) comienza con la recepción de las obras, según dispone el artículo 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación. La contradicción de este precepto con el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que señala que los plazos se cuentan desde la subsanación de las reservas, si existieran, debe resolverse haciendo prevalecer el primero. En primer lugar, porque el artículo 6 está específicamente destinado a regular la recepción de la obra y sus efectos. En segundo término, porque la preferencia de las previsiones del artículo 17.1 conduciría a una conclusión absurda, al hacer imposible el cómputo del plazo cuando las reservas no lleguen a subsanarse (a pesar de lo cual pueden, naturalmente, ponerse los inmuebles en el mercado inmobiliario y entregarse a terceros adquirentes). Y, además, porque entenderlo de otra forma, es decir, posponer el comienzo de los plazos de garantía al momento de subsanación de las reservas, desprotege a los terceros adquirentes, frente a los que hasta entonces sólo respondería el promotor, y desincentiva –como dice GONZÁLEZ CARRASCO– la diligencia del promotor en la manifestación de las reservas oportunas (GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 163-164), ya que formular reservas prolonga el período de su responsabilidad, retrasa el inicio de la responsabilidad del constructor (y de los restantes agentes) frente a los adquirentes, permaneciendo él mientras como responsable en virtud del régimen de saneamiento, y le autoexcluye del seguro hasta que se subsanen las reservas.

Según ARIZA ARCA [en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 320-321], el artículo 17.1 entra en colisión con el artículo 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación, al menos en lo que se refiere al cómputo de los plazos de responsabilidad.

Se plantea una doble cuestión: a) Si estamos ante dos plazos distintos de inicio de la responsabilidad, uno para la parte de obra que no es objeto de reserva (que se iniciaría con la recepción) y otro para la parte de obra viciada, objeto de reserva, que comenzaría con la subsanación de la misma; b) si la mera existencia de reservas condiciona el inicio del cómputo de los plazos de responsabilidad en su totalidad.

ARIZA ARCA [en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 321] se inclina, por razones prácticas, por el criterio a).

Supongamos que se han realizado reservas sobre un voladizo del edificio al momento de la recepción. Parece lógico que los plazos de responsabilidad se empiecen a contar para toda la obra desde la recepción y para el voladizo a partir del año en que se subsanen las reservas.

Una cuestión algo más controvertida es si las garantías deben seguir la misma suerte que los plazos de responsabilidad y si los aseguradores deberían mantener las pólizas en vigor el tiempo que fuera necesario desde que las reservas sean subsanadas. En el ejemplo anterior implicaría que las garantías sobre el voladizo cuya subsanación se lleve a cabo el año nueve se deberían extender hasta el año diecinueve desde la recepción. Este planteamiento, de producirse, no parece razonable, e implicaría problemas de orden técnico (dureabilidad), de gestión y administración, además de suponer mayores costes.

Este autor se inclina, pues, porque en caso de reservas los plazos de responsabilidad y garantía no sean coincidentes en el tiempo. De esta forma se castigará al responsable de los defectos, objeto de reservas, en el caso de no ser diligente en la subsanación de los mismos.

zos de garantía anual de perfecta terminación, trienal y decenal. En cambio, si la recepción de la obra ha tenido lugar con reservas, no se atiende para computar los plazos de garantía a la fecha de recepción de la obra, sino al momento de subsanación de las reservas, es decir, al instante en que son subsanados los defectos observados al tener lugar la recepción de la obra y cuya existencia determinó que se hicieran las reservas. No existe incertezza, a la hora de computar los plazos de garantía, cuando la recepción de la obra se hace con reservas, pues el artículo 6.2 d) de la Ley de Ordenación de la Edificación dispone que una vez subsanados los defectos observados, se hará constar en un acta aparte (la denominada acta de subsanación), suscrita por los firmantes de la recepción.

No prosperó la enmienda núm. 29 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) al artículo 17, inciso final del apartado 1 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³⁴¹, en la que se proponía el siguiente texto: «1. Sin perjuicio de... daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de conclusión y entrega de la obra o construcción a la propiedad».

El Grupo Parlamentario Popular ofreció una transacción en el artículo 6 perfeccionando en qué consiste exactamente el documento o el trámite de la recepción de la obra y se añade en el artículo 17 el pormenor de que la recepción se haga sin reservas o desde la subsanación de éstas en cuanto al momento de iniciar el cómputo. Esta transacción fue aceptada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), como puso de relieve la señora Uría Echeverría en nombre del mismo³⁴².

Para darse cuenta de la causa de la contradicción apuntada es básico tener en cuenta el citado debate. El Grupo Parlamentario Popular no tuvo cuidado de armonizar el texto del artículo 17.1, donde se añade el pormenor de que la recepción se haga sin reservas o desde la subsanación de éstas en cuanto al momento de iniciar el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía, y el del artículo 6.5, que atiende exclusivamente para iniciar este cómputo a la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida.

Con otras palabras, la modificación del texto del artículo 17.1 no vino acompañada de la del artículo 6.5, seguramente por no

³⁴¹ Enmiendas. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

³⁴² Diario de sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno, núm. 252, de 1 de julio de 1999.

haberse reparado en la conexión existente entre ambos preceptos a la hora de computar los plazos de responsabilidad y garantía.

Por la razón que acabamos de exponer, parece evidente que este problema ha de ser resuelto en el sentido anteriormente expuesto.

Teniendo en cuenta la contradicción que existe en la propia Ley de Ordenación de la Edificación cuando la recepción se realiza con reservas (arts 6.5 y 17.1), Martínez Mas³⁴³ considera además que parece más justo y lógico que el punto de partida de las responsabilidades de los diversos agentes que intervienen en el proceso de la edificación ha de ser desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

También Cabrera López³⁴⁴, pues en virtud del artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, los plazos de responsabilidad civil empiezan a computarse desde el momento de la subsanación de los defectos observados.

Desde otra perspectiva, Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena³⁴⁵ ponen de relieve también que es considerable la confusión acerca del momento en que empiezan a correr los plazos de responsabilidad y garantía, pues si, por un lado, el artículo 17.1 indica que dicho cómputo se iniciará desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, por otro, el artículo 19.9 i) señala que, salvo pacto en contrario, las garantías a que se refiere la Ley de Ordenación de la Edificación no cubrirán «los siniestros que tengan su origen en partes de la obra sobre las que haya reservas recogidas en el acta de recepción, mientras que tales reservas no hayan sido subsanadas». ¿Pero no habíamos quedado en que la totalidad de la obra entraba en responsabilidad y garantía sólo cuando no hubiera reservas o éstas estuvieran ya subsanadas? Parece detectarse aquí una verdadera antinomia nada fácil de resolver, pues: ¿a qué criterio de interpretación dar prevalencia?: ¿al que atendiendo a la sede de regulación principal dé preferencia al artículo 17.1 (y con ello a la necesidad de recepción sin reservas) o al que atendiendo a la norma más específica y de mayor detalle otorgue prioridad al artículo 19.9 i) (y con ello a la posibilidad de que corran los plazos de responsabilidad y garantía respecto de las partes de la obra no sujetas a reserva)? La jurisprudencia lo dirá,

³⁴³ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 95; MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 295; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 146 y 131.

³⁴⁴ CABRERA LÓPEZ, «Los arquitectos en el proceso edificatorio», cit., p. 190.

³⁴⁵ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., pp. 54-55.

aunque es de prever que el dilema se resuelva a favor del primer criterio: inicio del cómputo de los referidos plazos a partir de la recepción sin reservas, por apelación última al principio garantista o *procines* que constituye la columna vertebral de la Ley.

En la medida que las garantías anual de perfecta terminación, trienal y decenal son de orden público, de igual manera que lo son en el Derecho francés, en atención al texto del artículo 1792.5 del Código civil, las garantías de perfecta terminación, bienal y decimal, las partes no podrán hacer remontar las garantías legales a una fecha anterior a la recepción³⁴⁶.

Para Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena³⁴⁷, donde el asunto cobra una especial delicadeza es en punto al tratamiento legal que se dispensa al despliegue del régimen de responsabilidad y garantía por lo que hace a un grupo concreto de agentes: los agentes técnicos.

La cuestión estriba en que también para los agentes técnicos, cuya misión sustantiva ha concluido ya con la expedición del certificado final de obra, el *dies a quo* del cómputo del plazo de responsabilidad y garantía se hace coincidir con la fecha en que se produzca la recepción de la obra. Ahora bien, puesto que éste es un trámite a solventar entre constructor y promotor, ello supone tanto como poner en manos de éstos la eficaz realización del régimen de responsabilidad y garantía que incumbe a quienes a estos efectos son rigurosamente unos terceros, los agentes técnicos, que, sin poder hacer nada para remediarlo, habrán así de sufrir las consecuencias de la eventual falta de diligencia de aquellos otros en propiciar la recepción; situación no tan insólita como pudiera pensarse, sobre todo si se repara en que la recepción puede bloquearse por discrepancias sobre el cumplimiento de las condiciones del contrato celebrado entre promotor y constructor (art. 6.3), condiciones que pueden no guardar relación directa alguna con la correcta ejecución material de la obra (por tanto con las obligaciones y responsabilidades propias de los agentes técnicos), lo que se torna auténticamente preocupante en aquellas situaciones en que coincidan en un mismo sujeto las cualidades de promotor y constructor.

Como se ve, este estado de cosas puede conducir, bajo tales premisas, a resultados extremadamente injustos para con los agentes técnicos, cuya posición en caso de litigio habrá, pues, de ser convenientemente ponderada en sede judicial, con aplicación del criterio,

³⁴⁶ CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 428 y 474.

³⁴⁷ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., pp. 55-56.

por lo demás el tradicional hasta ahora en la jurisprudencia, de referir el cómputo temporal de sus concretas responsabilidades y garantías a la fecha de expedición del certificado final de obra, para lo que se encontrará base fundamentadora más que suficiente trayendo al referido juicio de ponderación los principios de equidad y buena fe, y en las concretas situaciones de promotor-constructor, por apreciación, además y en todo caso, de estarse en presencia de un supuesto de recepción tácita (en rigor, automática), al confundirse en una misma persona las condiciones de *accipiens* y *tradens*, de quién ha de ofrecer la entrega de la obra y quién ha de aceptarla.

También lo subraya Borrell³⁴⁸ al decir que la confluencia en una sola persona de las figuras del promotor y del constructor preocupa a los técnicos, especialmente si la libertad contractual de aquellos puede determinar el momento en que empieza a correr el plazo de la responsabilidad de los agentes que no intervienen en la recepción. En este caso hay que confiar en los tribunales para impedir que un artilugio contractual pueda alargar indebidamente la responsabilidad del arquitecto.

2.^º La cobertura del seguro de daños materiales o seguro de caución que prevé el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación entra en vigor con la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas.

Antes del inicio de los plazos de garantía anual de perfecta terminación, trienal o decenal no cabe acción contra el asegurador, pues aunque el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación no lo diga expresamente, el seguro de daños materiales o el seguro de caución garantizan los daños que contempla el artículo 17.1, computándose los citados plazos desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, para lo cual será preciso que se firme un acta en este sentido [arts. 6.5 y 19.9 i)]. Aunque el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación no lo impone en las polizas se exige que el acta esté firmada por la Oficina de Control designada por el asegurador³⁴⁹.

Como observan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco³⁵⁰, los daños que se manifiesten antes de la recepción no quedan cubiertos por el seguro, aunque, desde luego, si el asegurador

³⁴⁸ BORRELL, «Los peritos forenses: la LOE y la LEC», cit., p. 418.

³⁴⁹ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 302; ARIZA ARCA, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., p. 314; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 95; VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 62.

³⁵⁰ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 312.

no objeta la recepción, no podrá oponer aquella circunstancia a los adquirentes posteriores. Tampoco quedan cubiertos los daños cuando el asegurador o el promotor no firmen la recepción o hagan constar reservas en el acta, mientras no se subsanen, y se emita nueva acta en este sentido. Con todo, a pesar de las reservas, si el defecto constructivo no tiene relación alguna con la circunstancia que motivó la reserva, el asegurador responde.

Si existe recepción tácita conforme al artículo 6.4 de la Ley de Ordenación de la Edificación no pueden el promotor o el asegurador hacer valer posteriormente reservas a la obra. Pero la Ley de Ordenación de la Edificación no impide que el asegurador haya hecho depender la cobertura de que se haya firmado un acta de recepción sin reservas, con intervención de la Oficina de Control. Obsérvese que el sistema legal de entrada en vigor de la cobertura conduce a que el adquirente que compra sobre plano no sabe ni puede saber en el momento de la compra, por más que se lo afirme el vendedor, que el edificio estará asegurado contra los daños decenales.

Una vez que tomen efecto las coberturas, el contrato no podrá rescindirse ni resolverse por mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración de la cobertura (art. 19.4). Sin duda la norma se refiere al tomador, pero nada impide que los adquirentes finales pacten con el asegurador lo que tengan por conveniente sobre la subsistencia del seguro.

Al analizar los elementos temporales del sistema de seguros de la Ley de Ordenación de la Edificación, Jiménez Clar³⁵¹ subraya en el sentido señalado que el momento temporal en el que debe quedar el contrato necesariamente perfeccionado es el de la recepción de la obra. Así se desprende de los artículos 17.1 y 19.2 b) de la Ley de Ordenación de la Edificación.

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de 21 de septiembre) establece dentro del contenido mínimo del documento acreditativo del seguro, el plazo de vigencia, que será al menos de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra con expresión de esta fecha.

El artículo 19 señala como el punto inicial para la entrada en vigor de la cobertura de los seguros (*la toma de efecto*) el momento de la recepción de la obra. Y siempre que la recepción se haya realizado sin reservas.

³⁵¹ JIMÉNEZ CLAR, «El sistema de seguros en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 65-67.

Las entidades aseguradoras hacen constar tanto en la póliza como en el suplemento de entrada en vigor de la misma que quedan excluidos de la cobertura del seguro los daños que tengan su origen o sean consecuencia de tales reservas técnicas, hasta que las mismas no sean subsanadas, subsanación que deberá ser suscrita por los firmantes del acta de recepción de la obra y recibir la conformidad del organismo de control que deberá emitir el informe de cancelación de reservas.

4.º La recepción libera al constructor de toda responsabilidad frente al promotor y los sucesivos adquirentes, salvo en el caso de que la obra presente vicios ocultos.

Aún en defecto de previsión legal específica, la recepción de la obra que concluye en aprobación libera al constructor por los vicios o defectos aparentes o manifiestos que no sean objeto de reservas por parte del promotor (comitente) (STS de 12 de julio de 1994, RA 6731) ³⁵².

Sin embargo, Cordero Lobato ³⁵³ establece algunas matizaciones importantes. Se pregunta si el resarcimiento de los daños sujetos a la Ley de Ordenación de la Edificación está condicionado a que el vicio o defecto causante de los mismos sea oculto. En relación con el artículo 1591 del Código civil, la doctrina discute si la recepción definitiva de la obra exonera de responsabilidad por los defectos ruinógenos aparentes ³⁵⁴. La tesis de la liberación se funda en un argumento consistente: la aplicación del artículo 1484 del Código civil. En nuestra opinión, la recepción definitiva sólo tiene efectos liberatorios frente al comitente, pero no frente a ulteriores propietarios, pues entendemos que la responsabilidad del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación es una garantía de origen legal que no está establecida sólo en beneficio del comitente, sino también de los sucesivos adquirentes del inmueble (creemos que la misma solución debía mantenerse sobre el artículo 1591 del Código civil, a la vista de la jurisprudencia sobre este precepto).

³⁵² Con amplitud, CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 435-441. También GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 259, y VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 61, que tienen en cuenta que la doctrina de los propios actos (DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963) opera en las relaciones promotor-constructor.

³⁵³ CORDERO LOBATO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 306-307.

³⁵⁴ El problema también se ha planteado en la jurisprudencia, ya que alguna sentencia del Tribunal Supremo afirma que la recepción de la obra no exime de responsabilidad al contratista por vicios o defectos ruinógenos. Con suma claridad la STS de 17 de diciembre de 1964 (RA 5929) señala que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta el contratista queda exento de responsabilidad, salvo el caso del artículo 1591.

Es más, dado que la recepción que estamos contemplando entrañaría una renuncia a exigir responsabilidad por ruina, y dado también que el Tribunal Supremo ha entendido que son nulas las cláusulas por las que el comprador de inmuebles renuncia a exigir responsabilidad por defectos ruinógenos (SSTS de 13 de abril de 1984, RA 3236; 12 de febrero de 1988, RA 941 y 2 de octubre de 1992, RA 7516), no es congruente estimar que, sin embargo, al comprador sí le afectará la renuncia que hizo el comitente. Esta conclusión es mucho más clara en la Ley de Ordenación de la Edificación, donde la legitimación de los propietarios actuales del inmueble no resulta de una subrogación en los derechos del comitente, sino que aquéllos están directa y expresamente legitimados en el artículo 17.1.

En la misma línea, Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco³⁵⁵ afirman que la recepción definitiva sólo tiene efectos liberatorios frente al comitente, pero no frente a los ulteriores propietarios, ya que la responsabilidad del artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación constituye una garantía de origen legal que no está establecida sólo en beneficio del comitente de obra, sino también de los sucesivos adquirentes del inmueble, a quienes se reconoce legitimación directa para reclamar.

Si mantuviésemos la doctrina del Tribunal Supremo en torno al artículo 1591 del Código civil, que afirma en la citada sentencia de 17 de diciembre de 1964 (RA 5929) que la recepción de la obra no exime de responsabilidad al contratista por los vicios o defectos ruinógenos, de tal manera que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta el contratista queda exento de responsabilidad, salvo el caso del artículo 1591, habríamos de llegar a la conclusión de que no cabe la liberación de responsabilidad de los agentes de la edificación, a pesar de que los vicios o defectos de construcción fuesen aparentes en el momento de la recepción de la obra y el propietario (promotor) no formulase reservas y, por tanto, la aceptase y recibiera, en los supuestos de vicios o defectos que comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio e incluso cuando afectan a la habitabilidad del mismo [arts 17.1 a) y b)], de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo en torno al significado de ruina ex art. 1591 del Código civil³⁵⁶.

³⁵⁵ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 282-283.

³⁵⁶ Sobre el significado extraordinariamente amplio que nuestro Tribunal Supremo ha dado a la ruina, a efectos de la aplicación del artículo 1591 del Código civil, CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 494-495.

En este sentido se pronuncia Ragel³⁵⁷ al considerar, en relación con las obras inmobiliarias, que los vicios ocultos que aparezcan después de la recepción inmobiliaria han de ser imperfecciones corrientes o defectos que no sean importantes, ya que, en caso contrario, estaríamos hablando de la responsabilidad por vicios ruinógenos.

Para Martínez Mas³⁵⁸, únicamente los vicios de terminación o acabado, pueden entrar dentro del concepto de vicios aparentes.

Si bien es cierto, y así lo proclama el artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que el constructor responde de los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro de un año, contados desde la recepción de la obra, aplicando la teoría de los vicios aparentes, si recibe la obra sin hacer ningún tipo de reservas, no podrá posteriormente reclamar los defectos de ejecución existentes en el momento de la recepción. Solamente podrá reclamar aquellos defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado que surjan con posterioridad a la recepción.

En este sentido, no se incluirían los que este autor denomina vicios funcionales o de habitabilidad y los vicios estructurales, donde se enmarcan los que nuestra jurisprudencia sitúa dentro de la categoría de los vicios ruinógenos, a efectos de aplicación del artículo 1591 del Código civil.

No tendría relevancia la apariencia del vicio, a efectos de liberar de responsabilidad al constructor, respecto a los vicios funcionales o de habitabilidad y los vicios estructurales, lo cual tendría apoyo en la jurisprudencia en torno al artículo 1591 del Código civil y, en concreto, en la citada STS de 17 de diciembre de 1964 (RA 5929).

Además, si existen vicios o defectos de terminación o acabado y el promotor recibe la obra sin hacer ningún tipo de reservas, no podrá posteriormente reclamar por tales defectos. Por el contrario, los adquirentes de viviendas sí podrán reclamar la subsanación de tales defectos de terminación o acabado al constructor (art. 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación) y al promotor (art. 17.9 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

En definitiva, el constructor se libera de la responsabilidad por vicios o defectos aparentes de terminación o acabado con respecto

³⁵⁷ RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, cit., p. 875.

³⁵⁸ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 93; MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 293-294; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 138-140.

al promotor, pero no con respecto a los futuros adquirentes de viviendas.

Ximénez de Sandoval y Arozamena³⁵⁹ consideran igualmente que la recepción de la obra produce la liberación de la responsabilidad del constructor frente al promotor por vicios o defectos de terminación y acabado, no así frente a los futuros adquirentes, hasta transcurrido un año.

No compartimos la tesis de Cordero Lobato y Martínez Mas, en el sentido de que la recepción de la obra sólo tiene efectos liberatorios frente al promotor, pero no frente a ulteriores propietarios, ni la que se infiere de la doctrina de la citada STS de 17 de diciembre de 1964 (RA 5929) en torno al artículo 1591 del Código civil, y que se infiere del planteamiento de Martínez Mas, Ragel y Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena, en la medida en que pueda considerarse aplicable en los supuestos que contempla el artículo 17.1 a) y b) de la Ley de Ordenación de la Edificación (vicios de habitabilidad y vicios estructurales).

Cuando el vicio o defecto constructivo fuera aparente en el momento de la recepción de la obra, ésta tiene efectos liberatorios frente al promotor y los sucesivos adquirentes, los cuales sólo podrán dirigirse contra el promotor-vendedor en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.9 de la Ley de Ordenación de la Edificación³⁶⁰. Además, tiene relevancia la apariencia del vicio, a efectos de liberar de responsabilidad al constructor, no sólo respecto a los vicios de terminación o acabado, como se sostiene con apoyo en la STS de 17 de diciembre de 1964 (RA 5929), sino también en relación con los vicios de habitabilidad y los estructurales, contemplados por el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. No parece lógico afirmar la relevancia de la apariencia de los vicios en relación con algunos de ellos (los menos graves) y no, en cambio, con otros (los más graves).

Es importante señalar que aún aprobada la parte de la obra ejecutada (recepción parcial), si después aparecen vicios o defectos de coordinación entre las diferentes partes o se manifiestan cuando la totalidad de la obra se ha ejecutado y se contemple en su integridad, el promotor podrá exigir que se reparen o subsanen tales vicios o defectos después de su terminación, puesto que la obra en su conjunto es algo más que la suma de las partes. En este sentido, tales

³⁵⁹ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 52.

³⁶⁰ Sobre el artículo 17.9 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y el posible ejercicio de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 496 ss.

defectos de coordinación, aunque aprobada la parte de la obra ejecutada, aparecen luego defectos de coordinación con el resto de la obra permanece la responsabilidad del constructor³⁶¹.

5.º Como expusimos al señalar los efectos de la recepción definitiva de la obra en el marco del Código civil, es discutible si la recepción de la obra sin protesta alguna al respecto, es decir, sin reservas, extingue las pretensiones derivadas de la aplicabilidad de las cláusulas penales. Hay que defender la extinción si el supuesto material de incumplimiento para el que se previó la cláusula es aparente. Por ello sería inexigible la cláusula penal por retraso en la entrega, ya que el retraso es, evidentemente, siempre manifiesto³⁶².

6.º La conformidad del promotor en el momento de la recepción de la obra equivale también a la autorización exigida por el artículo 1593 del Código civil para los aumentos de obra, pero siempre que los mismos sean aparentes (STS de 8 de abril de 1987, RA 2542), como, por ejemplo, mayor volumen de construcción, pues, igual que sucede con los vicios ocultos, no podrían entenderse autorizados aumentos de obra (incrementos de coste) no cognoscibles, como, por ejemplo, uso de materiales de calidad superior que están ocultos³⁶³, como dijimos al exponer los efectos de la recepción definitiva de la obra en el marco del contrato de obra, a donde nos remitimos.

7.º Como pusimos de relieve al establecer los efectos de la recepción definitiva de la obra en el marco del Código civil, a donde nos remitimos, la recepción de la obra construida determina que el promotor debe abonar al constructor el precio convenido.

Aunque la Ley de Ordenación de la Edificación guarda silencio, la recepción de la obra determina el momento en que el promotor debe abonar al constructor el precio convenido, por las razones que se infieren del Código civil³⁶⁴.

³⁶¹ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 108.

³⁶² GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 145; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 253.

³⁶³ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 146; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 254.

³⁶⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 146; CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 254; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 95; MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 295-296; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 146 y 181; XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 52.

Como observan Carrasco, Cordero Lobato y González Carrasco³⁶⁵, cuando los defectos de la obra son menores, ante el requerimiento de pago del contratista, el comitente no puede evitar el pago del precio oponiendo la excepción de incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contrato, pues ello sería contrario a la buena fe exigida por el artículo 1258 del Código civil (cfr. STS de 17 de abril de 1976, RA 1811).

8.º Como señalamos al mencionar los efectos de la recepción definitiva de la obra en el marco del Código civil, a donde nos remitimos, la facultad del promotor de desistir a la construcción de la obra, prevista por el artículo 1594 del Código civil, no cabe, por pura lógica, una vez que ha tenido lugar la recepción de la obra, pues su objeto material es una obra todavía no realizada o realizada sólo en parte.

La recepción definitiva de la obra sólo produce los efectos señalados. Como expusimos al establecer los efectos de la recepción definitiva de la obra en el marco del Código civil, a donde nos remitimos de nuevo, la misma no determina la transferencia del riesgo y de la propiedad de la obra construida al promotor.

Por las razones señaladas en el lugar a donde nos remitimos, no podemos compartir la tesis defendida por algún comentarista de la Ley de Ordenación de la Edificación, que atribuye algunos de estos efectos a la recepción definitiva de la obra, disciplinada básicamente en el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación. En concreto, Martínez Mas³⁶⁶ afirma que la recepción produce la transmisión de los riesgos al promotor, puesto que los mismos se imputan al constructor por ser deudor de una obligación de resultado, y cumplida la obligación, los riesgos han de ser soportados por el promotor. La transmisión de los riesgos al promotor tiene su fundamentación jurídica en los artículos 1589 y 1590 del Código Civil³⁶⁷.

En cambio, con toda razón, Martínez Mas³⁶⁸ plantea exclusivamente la cuestión de si la entrega de la obra equivale a la transmisión de la propiedad, señalando que íntimamente relacionado con

³⁶⁵ CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 229.

³⁶⁶ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 95-96; MARTÍNEZ MAS, en MERCHÁN GABALDÓN, *Manual para la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)*, cit., pp. 295-296; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 155.

³⁶⁷ También, CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 435; XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAMENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 52.

³⁶⁸ MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., pp. 60-61; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 58-61.

el tema de la entrega de la obra se encuentra el problema del momento de la adquisición de la obra por parte del promotor.

Aunque se acoja la tesis de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra por el promotor (comitente), que no es la dominante en la doctrina, el constructor adquiere la propiedad de la obra a título originario y, posteriormente, a consecuencia del contrato de obra, la obra es adquirida a título derivativo por el promotor con la entrega de la obra. Esta tesis sigue la teoría del título y el modo, en cuanto que el contrato de obra es «título» traslativo de la propiedad y la entrega es el «modo» de adquisición³⁶⁹.

En este sentido se pronuncian casi todos los autores que perfilan los efectos de la recepción definitiva de la obra, como expusimos anteriormente. Entre estos efectos no se suele mencionar el de la transmisión de la propiedad de la obra construida al promotor³⁷⁰. Por consiguiente, tanto se defienda la tesis de la adquisición originaria, que consideramos la más acertada, como la de la adquisición derivativa de la propiedad de la obra por el promotor, la recepción definitiva de la obra no determina dicho efecto jurídico.

6. Los efectos de la recepción provisional de la obra

Como expusimos anteriormente, la Ley de Ordenación de la Edificación no regula la recepción provisional de la obra, tal como, seguramente, debería haber hecho, estableciendo sus efectos. Cabe un pacto del promotor y el constructor por cuya virtud acuerden una recepción provisional que preceda a la definitiva, por las razones señaladas.

La recepción provisional de la obra, en el marco de la Ley de Ordenación de la Edificación, no produce ninguno de los efectos que derivan de la recepción definitiva, que es la única que contempla la Ley de Ordenación de la Edificación, por lo que producirá efectos análogos a los que derivan de la recepción provisional en el marco del Código civil, anteriormente expuestos. Lógicamente, como dijimos, no se pueden atribuir a la recepción provisional efectos

³⁶⁹ En el mismo sentido CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 254) afirman que la propiedad del edificio construido o de la mejora incorporada no se transmite al comitente hasta el momento de su entrega (cfr. arts. 609, 1095 del Código civil). Que el comitente no adquiera el dominio del edificio hasta su entrega es trascendente, pues significa que en el ínterim el edificio en construcción puede ser embargado por los acreedores del contratista.

³⁷⁰ Así, CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO (*Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 253-254), a pesar de que examinan el problema de la propiedad del edificio y embargo en el epígrafe relativo a la verificación, aprobación y recepción de la obra, no plantean que la transmisión de la propiedad del edificio sea un posible efecto de la recepción de la obra.

tos jurídicos que son propios de la entrega y de la recepción definitiva de la obra, que ya hemos mostrado.

González Carrasco³⁷¹ se ha preocupado de precisar la repercusión de la recepción provisional en cuanto a las responsabilidades del artículo 17 y a las garantías exigidas en el artículo 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Puesto que la recepción provisional suspende los efectos de la recepción propiamente dicha, los plazos para el inicio del cómputo de los períodos de las responsabilidades y garantías legales (distintos de los fijados, en su caso, para la reparación de los defectos detectados en el período de garantía convencional que conlleva la recepción provisional) se iniciarán en este caso, según lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley de Ordenación de la Edificación, en el momento en que, transcurrido el período de garantía convencional provisional, se suscribe el acta de recepción (definitiva). Y también, tácitamente, si, una vez transcurrido dicho período sin poner de manifiesto los defectos observados, no se procede por el promotor a la recepción definitiva. En este caso, la finalización del plazo de garantía hace coincidir el momento de la recepción tácita con el de la obligatoriedad de proceder a la recepción expresa. Esto es, que a falta de pacto en contrario, que habrá de ser expreso, hay que reconocer que el plazo de garantía absorbe el período de verificación de treinta días señalado por la Ley de Ordenación de la Edificación para la recepción tácita.

Por lo demás, no es posible entender que el plazo de garantía subsiguiente a la recepción provisional absorbe el plazo de responsabilidad de un año por defectos de terminación y acabado de las obras (art. 17.1). En primer lugar, porque el artículo 6.5, en relación con el 19.1 a), determina claramente que el inicio de dicho plazo no es el de la entrega, sino el de la recepción, y más en concreto, el de la recepción definitiva, que es la única de la que la Ley de Ordenación de la Edificación se ocupa. Pero, además, es que la importancia de la regulación de la recepción estriba en dotar de la debida seguridad jurídica al cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en la Ley de Ordenación de la Edificación, pero ello es así, fundamentalmente, en beneficio de los adquirentes finales de la edificación, a quienes se quiere proteger «sin perjuicio de las responsabilidades contractuales» a que haya lugar. Por último, el plazo de la responsabilidad regulada en el artículo 17 empieza a contar desde la fecha de la recepción de obras sin reservas o

³⁷¹ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 151-152.

desde la subsanación de éstas, por lo que no puede entenderse subsumido en un período en el que estas reservas pueden todavía ponerse de manifiesto por el promotor.

La recepción provisional suspende los efectos propios de la recepción, lo que significa que, por ejemplo, no es aquélla sino esta última la relevante para determinar el *dies a quo* del cómputo de los plazos de los artículos 17.1 y 19.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Obsérvese que el plazo anual de garantía por defectos de terminación [art. 17.1 b) *in fine*)] no está absorbido por el plazo de garantía anual que, en su caso, siga a la recepción provisional, pues aquel plazo –y los restantes del artículo 17.1– sólo comienzan a computarse cuando tiene lugar la recepción definitiva.

Transcurrido el plazo de garantía, procede la recepción definitiva, con los efectos que hemos expuesto³⁷².

7. El rechazo de la recepción de la obra

El promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales.

En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción (art. 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación).

En el mismo sentido se pronuncian los antecedentes legislativos de la Ley de Ordenación de la Edificación: el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 22 de febrero de 1994 (art. 11.3); el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 28 de diciembre de 1995 (art. 12); el Anteproyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 21 de septiembre de 1998 (art. 6.3) y el Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación de 15 de marzo de 1999 (art. 6.3).

En el Derecho francés, como expusimos en el epígrafe referente al Derecho comparado, también se admite que el dueño pueda rechazar la recepción de la obra por estimar que ésta no es satisfactoria.

No prosperó la enmienda núm. 100 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso al artículo 6 de Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³⁷³, como tampoco la enmienda núm. 45 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado al artículo 6 del

³⁷² CARRASCO, CORDERO LOBATO y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 252-253.

³⁷³ BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999. núm. 163-9.

Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³⁷⁴, en la que se afirma que «el promotor podrá rechazar la recepción de la obra por considerar que la misma no está terminada o que no se adecua a las condiciones contractuales. También podrá rechazar la obra por falta o inadecuación de los sistemas técnicos instalados y/o planteados para efectuar en las debidas condiciones de seguridad los trabajos de reparación, conservación, mantenimiento y en su caso demolición del edificio. En todo caso, el rechazo deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción».

El sujeto legitimado para rechazar la recepción de la obra es exclusivamente el promotor.

El rechazo implica que no tiene lugar la recepción de la obra, ni siquiera con reservas. La recepción con reservas es incompatible con el rechazo de la recepción de la obra.

Las causas que justifican el rechazo de la recepción son dos: que la obra no esté terminada y que no se adecue a las condiciones contractuales.

El constructor ha de haber incumplido el contrato, no alcanzando el resultado prometido, esto es, la edificación realizada conforme a lo estipulado, carente de vicios o defectos constructivos y terminada en el tiempo pactado.

Como observa Martínez Mas³⁷⁵, dentro de la expresión «no se adecue a las condiciones contractuales», se incluyen las siguientes circunstancias: que la obra padezca de graves defectos de construcción, haciéndola imprópria para la finalidad perseguida; que la obra realizada sea distinta a la pactada (*aliud pro alio*), existiendo, por tanto, inhabilidad del objeto; que la obra realizada sea cualitativa o cuantitativamente diferente a la pactada.

Aunque no lo precise el artículo 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, para que proceda el rechazo es necesario que exista un incumplimiento que objetivamente tenga importancia, es decir, revista una cierta gravedad³⁷⁶, ya que si no la tiene, sólo procede la recepción con reservas. Por tanto, no cabe el rechazo de la recepción de la obra cuando los vicios o defectos de ejecución sólo afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, cubiertos

³⁷⁴ BOCG. Senado, Serie II: Proyectos de Ley, 21 de septiembre de 1999, núm. 148 (d).

³⁷⁵ MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 132.

³⁷⁶ GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 150; GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 1711-1713; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación de la obra de edificios*, cit., pp. 99 y 131.

por la garantía anual de perfecta terminación (art. 17.1 *in fine* de la Ley de Ordenación de la Edificación) ³⁷⁷. Como hemos expuesto anteriormente, teniendo en cuenta nuestra jurisprudencia, el rechazo de la recepción de la obra, por un incumplimiento de carezca de importancia, está en contra de la buena fe contractual (art. 1258 del Código civil), máxime cuando la Ley de Ordenación de la Edificación admite expresamente la recepción con reservas.

Como señala González Tausz ³⁷⁸, un defecto de terminación no puede legitimar el rechazo de la recepción, puesto que dada la escasa magnitud del daño se sobreentiende que podrá subsanarse en el período de garantía anual (art. 17.1 *in fine* de la Ley de Ordenación de la Edificación).

El promotor sólo podrá rechazar la recepción de la obra por una causa que lo justifique, esto es, que obedezca a una causa objetiva y no al mero capricho del promotor, ya que el rechazo debe ser motivado por escrito en un acta, que no será lógicamente la de recepción, ni la de subsanación de los defectos, que es propia de la recepción con reservas ³⁷⁹.

Resulta imperativa la exigencia legal de que el rechazo deberá ser motivado, lo que implica, como dice Villagómez Rodil ³⁸⁰, que no basta con manifestar una discrepancia general o una discrepancia imprecisa, sino que se han de detallar las causas que pueden justificar el rehúse, y deben hacerse constar en el acta.

El acta de rechazo de la recepción de la obra, que necesariamente ha de constar por escrito, y que, como hemos dicho, es diferente del acta de recepción y del acta de subsanación de los defectos observados, sólo debe ser suscrita por el promotor, ya que es el único que puede rechazar la recepción de la obra. Hay que tener en cuenta que no tiene lugar la recepción de la obra, y por lo tanto, es lógico que sólo el promotor suscriba el acta de rechazo, exponiendo los motivos por los que objetivamente no aprueba y recibe la obra, aunque sea con reservas.

En el acta de rechazo se ha de fijar el plazo para efectuar la recepción, que habrá de ser suficiente para que el constructor pueda entregar una obra terminada y adecuada a las condiciones contrac-

³⁷⁷ Sobre el significado de la garantía anual de perfecta terminación, CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 491-493.

³⁷⁸ GONZÁLEZ TAUSZ, «El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., p. 2712, nota 53.

³⁷⁹ Sin embargo, VILLAGÓMEZ RODIL (*Derecho de la edificación*, cit., pp. 58 y 62) considera que el rechazo de la obra (art. 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación) figura en el acta de recepción de la obra.

³⁸⁰ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 62.

tuales. Como señala Villagómez Rodil³⁸¹, se concede oportunidad cumplidora al constructor, y en este punto la Ley de Ordenación de la Edificación resalta la confianza en la profesionalidad de este agente de la construcción, ya que autoriza fijar un nuevo plazo para la corrección de las causas que motivaron el rechazo y llevar a cabo la recepción definitiva.

Sin embargo, desde la perspectiva jurídico-civil, Villagómez Rodil³⁸² considera que el promotor está autorizado a no recibir la obra, bien porque la misma no esté debidamente acabada, de conformidad a las previsiones contractuales acordadas, o bien porque la realizada no se adapta ni cumple las condiciones estipuladas, habiendo incurrido el constructor en incumplimiento que autoriza a pedir su resolución, conforme al artículo 1124 del Código civil, con el resarcimiento de daños y perjuicios, o exigir su cumplimiento.

Aunque no lo contemple específicamente el artículo 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, nada se opone a que si se cumplen las condiciones del artículo 1124 del Código civil, el promotor pueda ejercitar la acción resolutoria, ya que estamos en presencia de una relación obligatoria sinalagmática, que deriva del contrato de obra, existiendo un incumplimiento grave de su obligación principal por el constructor.

Lógicamente, el constructor podrá oponerse a la decisión del promotor rechazando la recepción de la obra, al considerar que no es justificada. En tal caso, como observa González Pérez³⁸³, si el constructor insistiese en que la obra está terminada y se ajusta a las condiciones contractuales, se hará constar así en el acta. La obra no habrá sido aceptada, por lo que tendrá que decidirse en litigio en el proceso civil correspondiente³⁸⁴.

En el Derecho francés, como expusimos, el artículo 1792.6 del Código civil admite que la recepción, si no es amistosa, puede obtenerse judicialmente. El juez se pronuncia a instancia de parte cuando la otra se opone a la recepción.

Cuando el constructor, dentro del nuevo plazo para efectuar la recepción, entregue la obra terminada y adecuada a las condiciones

³⁸¹ VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 62.

³⁸² VILLAGÓMEZ RODIL, *Derecho de la edificación*, cit., p. 62.

³⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, cit., p. 258.

³⁸⁴ Como observa MARTÍNEZ MAS (*La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., pp. 99-100), si el resultado de la verificación de la obra es negativo, porque el promotor considera que la obra no está terminada, adolece de defectos o vicios de construcción de carácter grave o no corresponde a lo pactado, no la aprobará. Pero en este caso la declaración del promotor no será vinculante para el constructor, si éste considera que la obra si está bien ejecutada, y corresponderá al promotor la prueba del incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

contractuales, el promotor procederá a la recepción de la obra de acuerdo con los requisitos que establece el artículo 6 de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Con buen criterio, no prosperó la enmienda núm. 43 del Grupo Parlamentario Mixto (primer firmante: señor Chiquillo Barber) al artículo 6, apartado 3 del Proyecto de Ley de Ordenación de la Edificación³⁸⁵ en la que no se alude al acta de rechazo de la recepción de la obra.

El texto del artículo 6.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación ha sido criticado por algunos autores.

Del Arco y Pons³⁸⁶ ponen de relieve que no tiene ninguna lógica que se diga que el promotor pueda rechazar en el acta la recepción de una obra por no estar terminada, cuando el propio precepto exige que, al acta, se adjunte el certificado final de la obra y éste no se puede extender si la obra no está terminada o no está de acuerdo con el proyecto y lo estipulado.

Al mismo tiempo la certificación garantiza que la obra está terminada y que el constructor hizo la obra conforme al proyecto y las especificaciones técnicas exigidas por la dirección facultativa.

En la misma línea, a Porto Rey³⁸⁷ le sorprende que el promotor pueda rechazar en el acta la recepción de una obra por no estar terminada, cuando el punto 2 del mismo artículo 6 exige que, al acta, se adjunte el certificado final de obra y éste no se puede extender si la obra no está terminada o no está de acuerdo con el proyecto, la documentación técnica que lo define y las normas de la buena construcción, estableciendo además el artículo 17.7 que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento. También llama la atención que la Ley de Ordenación de la Edificación no exija la intervención de la dirección facultativa para motivar el supuesto de rechazo de la recepción por parte del promotor.

Parece como si la Ley de Ordenación de la Edificación hubiera querido traspasar la enorme importancia que hasta ahora tenía el certificado final de obra al acta de recepción, con lo cual se traslada el protagonismo de la dirección facultativa para decir cuando se ha terminado la obra al promotor y constructor. Ahora el certificado final de obra es un acto sin apenas consecuencias prácticas, pues todas ellas se centran en el acto de recepción de la obra.

³⁸⁵ BOCG. Congreso de los diputados. Serie A: Proyectos de Ley, 21 de mayo de 1999, núm. 163-9.

³⁸⁶ DEL ARCO Y PONS, *Derecho de la construcción*, cit., p. 376.

³⁸⁷ PORTO REY, *Aspectos técnicos de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación*, cit., pp. 70-71.

Ximénez de Sandoval y Santana Arozamena³⁸⁸ observan igualmente que el promotor puede rechazar la recepción, no sólo cuando la obra no se adecue a las condiciones contractuales convenidas (coste, plazos, penalizaciones, cláusulas particulares...), sino también cuando la misma «no esté terminada», lo cual constituye un contrasentido que rompe la lógica del sistema legal, pues si el certificado final de la obra es presupuesto de la recepción y su finalidad primera y más elemental –por no decir única– es dar fe de la efectiva terminación de la edificación, ¿cómo puede desconocerse esta constatación?, siendo así que que es emitida por quien tiene atribuida la pertinente función certificante por decisión de la propia Ley, que es la dirección facultativa, en garantía de lo cual la misma Ley impone a sus autores un específico deber y consiguiente responsabilidad de veracidad y exactitud (art. 17.7).

Con ser chocante que la Ley no exija la intervención de la dirección facultativa en el acto de recepción de la obra (como constituye regla en el contrato de obra pública que a nadie se le ocurriría cuestionar), esta posibilidad de desautorización frontal de una actuación facultativa básica, expresada en su forma más exigente, que es la certificación, y que además se hace conectar con el régimen legal de responsabilidades, resulta sencillamente inexplicable.

Según Muñoz Castillo, Cosme de Mazarredo y Martínez Vázquez de Castro³⁸⁹, no es fácil comprender los motivos del promotor para «oponerse» a una certificación final de obra expedida por la dirección facultativa contratada por el mismo, máxime cuando actúa sin otra asistencia técnica.

Es muy conveniente la presencia de la dirección facultativa en el acto de recepción, ya que asistiría al promotor para que, en su caso, no deje de reflejar en el acta la falta de adecuación a las condiciones contractuales que, en caso contrario, podrían operar en perjuicio del promotor al no haberlos hecho constar debidamente en el acta. Por ello la intervención facultativa podrá evitar rechazos injustificados o por motivos irrelevantes, por parte del promotor.

En opinión de Castro Bobillo³⁹⁰, en buena lógica el rechazo de las obras sólo podría producirse cuando la edificación no se ajuste al contrato, pues el certificado final de obra expedido por los técnicos que la

³⁸⁸ XIMÉNEZ DE SANDOVAL y SANTANA AROZAZENA, «El proceso constructivo: su configuración y estructura según la LOE», cit., p. 54.

³⁸⁹ MUÑOZ CASTILLO, COSME DE MAZARREDO y MÁRTINEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación: régimen jurídico y técnico*, cit., pp. 52-53.

³⁹⁰ CASTRO BOBILLO, «Del art. 1591 del CC a la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., ap. 437.

hayan dirigido asegura que, al menos aparentemente, el edificio ha sido correctamente construido, pero nada afirma en relación con el cumplimiento de las condiciones contractuales, condiciones que los técnicos frecuentemente desconocen y no tienen por qué enjuiciar.

A nuestro juicio, no comprendemos por qué es criticable que las consecuencias jurídicas del cumplimiento del contrato de obra se centren en la recepción de la obra, en línea con el criterio comúnmente adoptado por los textos legales, la doctrina y la jurisprudencia en nuestro Derecho y, en general, en el panorama del Derecho comparado, según expusimos anteriormente. Esto no significa que la Ley de Ordenación de la Edificación desconozca la trascendencia jurídica del certificado final de la obra, pues el artículo 6.2 b) establece precisamente que en el acta de recepción se hará constar la fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma.

8. La trascendencia de la recepción definitiva para configurar las diversas responsabilidades del constructor por la ejecución viciosa de la obra

El análisis de la responsabilidad civil del constructor frente al promotor y frente a los terceros perjudicados por presentar vicios la obra inmobiliaria construida, ha de efectuarse en función de la recepción definitiva. Como expusimos anteriormente, el cómputo de los plazos de responsabilidad previstos en la Ley de Ordenación de la Edificación es el de la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, según se infiere de los artículos 6.5 y 17.1 de la citada Ley³⁹¹. Con carácter general, podemos señalar que la recepción definitiva de la obra constituye la línea divisoria del diferente régimen jurídico aplicable a los vicios o defectos de construcción. En este sentido Cadarso³⁹² se refiere a la recepción como momento divisorio de la disciplina de la responsabilidad³⁹³.

³⁹¹ Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, también la recepción definitiva de la obra se consideraba el punto de partida del plazo de garantía decenal, y determinaba la aplicación de los artículos 1591 y 1909 del Código civil, si la ruina se producía durante el mismo.

³⁹² CADARSO, «Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra», cit., p. 89.

³⁹³ También CABANILLAS, «La recepción de la obra», cit., pp. 312 ss; CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código civil*, cit., pp. 351-352; MARTÍNEZ MAS, *El contrato de obra analizado para constructores y promotores*, cit., p. 92; MARTÍNEZ MAS, *La recepción en el contrato de obra*, cit., pp. 99-100; MARTÍNEZ MAS, *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, cit., p. 137; CABRERA LÓPEZ y otros, «Los arquitectos en el proceso edificatorio», cit., p. 189. Igual criterio es expuesto por las doctrinas francesa y alemana, como mostramos en el epígrafe relativo al Derecho comparado.

La justificación de esta conclusión reside en que nuestro ordenamiento jurídico no dispensa un idéntico régimen a los vicios que se manifiestan antes y después de la recepción definitiva.

Con anterioridad a la misma, se aplica el régimen general de la responsabilidad contractual (arts. 1096, 1098, 1101 y 1124 del Código civil), si el perjudicado es el promotor, y el régimen de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código civil), si el perjudicado es un tercero.

Con posterioridad a la recepción definitiva, se aplican las disposiciones de la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 17) si el perjudicado es el promotor, y el régimen de la responsabilidad extracontractual si el perjudicado es un tercero.

Se aplicará el artículo 1909 del Código civil si los vicios de construcción son determinantes de ruina, con daño para tercero, produciéndose dentro del tiempo legal al que alude este precepto. No hay razones para entender derogado el artículo 1909 del Código civil por la Ley de Ordenación de la Edificación, pero ha de ser interpretado en conexión con el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación. Con anterioridad a la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, el artículo 1909 se remitía al artículo 1591 del Código civil. La expresión «dentro del tiempo legal», que aparece en el artículo 1909, alude al plazo de garantía decenal, establecido por el derogado artículo 1591³⁹⁴. Así se deduce del Proyecto de Código civil de 1851, cuyo artículo 1903 (precedente inmediato del actual artículo 1909) se remite expresamente al tiempo legal que fija el artículo 1532 (precedente inmediato del derogado artículo 1591).

En la actualidad, dicha remisión debe considerarse entendida respecto del artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y en concreto, del apartado a) de este precepto, que alude a la responsabilidad de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación durante diez años por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, ya que el artículo 1909 del Código civil se refiere a la ruina por defecto de construcción³⁹⁵.

³⁹⁴ Sobre la derogación del artículo 1591 del Código civil por la Ley de Ordenación de la Edificación, CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 406 ss., y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 2001, pp. 380 ss.

³⁹⁵ FEMENÍA, *Responsabilidad extracontractual por ruina de edificios*, Valencia, 2000, p. 152.

Se aplicará la norma general que aparece en el artículo 1902 del Código civil si los vicios de construcción no son determinantes de ruina, siendo perjudicado un tercero.

Hay que tener en cuenta que en la Ley de Ordenación de la Edificación no aparece referencia alguna a la responsabilidad extracontractual, contenido el artículo 17 de la misma un sistema de responsabilidad contractual objetiva, con suscripción obligatoria de un seguro de daños materiales o seguro de caución³⁹⁶.

También debemos precisar que durante los plazos de garantía previstos en el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, cabe que el promotor pueda ejercitar las acciones típicas del régimen de la responsabilidad contractual, como, por ejemplo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código civil, si se cumplen los requisitos necesarios para ello, por los daños ocasionados en el edificio por vicios o defectos de construcción, en la medida en que existe un incumplimiento contractual.

Si el vicio o defecto de construcción produce un daño en el edificio que encaja en el supuesto de hecho del artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, manifestándose después de transcurrido el pertinente plazo de garantía previsto en este precepto, el promotor perjudicado no podrá exigir resarcimiento con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contractual.

El artículo 17.1, en cuanto establece los plazos de prueba o garantía, dentro de los cuales ha de producirse el evento determinante de la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, excluye la aplicabilidad de las reglas generales de la responsabilidad contractual de los artículos 1096, 1098, 1101 y 1124 del Código civil, si el vicio o defecto de construcción productor del daño se muestra después del correspondiente plazo de garantía.

Cuando el vicio o defecto de construcción ocasiona daños materiales en el edificio no contemplados por las garantías previstas por el artículo 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, los denominados por la doctrina francesa «daños intermedios», se aplicará el régimen general de la responsabilidad contractual³⁹⁷.

³⁹⁶ Cfr. CABANILLAS, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 444 ss.

³⁹⁷ CABANILLAS, «La responsabilidad por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», cit., pp. 449 ss.

Acerca del derecho de abstención de los créditos tributarios en el convenio de la quiebra de la sociedad anónima^(*)

EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad San Pablo CEU

SUMARIO: I. El problema.—II. El derecho de abstención como técnica de tutela de los créditos privilegiados en el convenio.—III. La inexistencia de derecho de abstención en la quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.—IV. El alcance de la remisión del artículo 929 del Código de Comercio.—V. El sentido de los artículos 129.4 de la Ley General Tributaria y 39.2 de la Ley General Presupuestaria.

I. EL PROBLEMA

El problema de si los créditos tributarios gozan o no de derecho de abstención en el convenio que trata de poner fin a la quiebra de las sociedades anónimas constituye un ejemplo más de la situación, verdaderamente compleja, de la vigente legislación concursal, caracterizada, como es sabido, por una pluralidad de textos normativos, que han sido generados en distintos momentos históricos y sin una adecuada coordinación, algo que provoca multitud de incertidumbres jurídicas y económicas. En este caso, en efecto, se entrecruzan, sin una coordinación adecuada, normas del Código de Comercio y de la Ley General Tributaria (y de la Ley General Presupuestaria); se producen remisiones normativas dentro del propio

^(*) Este trabajo está destinado al libro de estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo

Código de Comercio, que no son de fácil interpretación, y existen, en fin, modificaciones legislativas en la Ley General Tributaria (y en la Ley General Presupuestaria) cuyo alcance no es tampoco sencillo de determinar.

El problema puede plantearse en los siguientes términos:

A) De un lado, la Ley General Tributaria confiere a los créditos tributarios un **privilegio**, al señalar que «la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios (...) en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito» (art. 71). El crédito tributario es, pues, un **crédito privilegiado**, en el sentido, como enseña Díez-Picazo¹, de que «la ley concede a un acreedor la facultad de cobrar con preferencia a los demás acreedores (...) sobre el producto obtenido con la realización de los bienes del deudor», algo que ya resulta tradicional y que, ante el tenor literal del referido precepto, no debe admitir duda alguna².

Al regular el convenio en la quiebra³, el Código de Comercio dispone en su **artículo 900** que «los acreedores (...) privilegiados (...) podrán abstenerse de tomar parte en la resolución de la Junta sobre el convenio; y absteniéndose, este no les deparará perjuicio en sus respectivos derechos», y añade en el **artículo 904** que, «aprobado el convenio, y salvo lo dispuesto en el artículo 900, será obligatorio para el fallido y para todos los acreedores cuyos créditos daten de época anterior a la declaración de quiebra». No puede extrañar, pues, que, a tenor de esas normas del Código de Comercio, se haya concluido que los créditos tributarios gozan de

¹ v. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I (4.^a ed), Madrid, 1993, p. 751.

² V., sin embargo, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1979 (Ar. 2597) y de 20 de febrero de 1987 (Ar. 1068) que, precisamente, negaban el derecho de abstención en la suspensión de pagos de determinados créditos tributarios sobre la base de que no tenían la consideración de singularmente privilegiados. La afirmación no deja de suscitar perplejidad, porque la Ley de Suspensión de Pagos no limita el derecho de abstención a los titulares de créditos singularmente privilegiados, sino que lo extiende a todos los créditos privilegiados, contenidos en los números 1.^º a 3.^º del artículo 913 del Código de Comercio (art. 15.III).

Cosa distinta es que, en la actualidad, se discuta la conveniencia de mantener la preferencia de los acreedores públicos, tema que se debate también en el proceso de reforma de la legislación concursal española (v. MENÉNDEZ, «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pp. 1323-1324; ROJO/BELTRÁN, «Ideas nuevas sobre el derecho de quiebras», en AA. VV., *Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano*, Buenos Aires, 1998, IV, p. 172; ampliamente, GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pp. 465 ss.).

³ No interesa ahora la posición jurídica de los créditos tributarios en caso de liquidación y reparto del activo, que es la que, cabalmente, trata de recoger el referido precepto de la Ley General Tributaria (sobre la cual v., por todos, GARRIDO, *Tratado*, pp. 465 ss., 572 ss., 591, 599).

derecho de abstención en la quiebra⁴ y que, consecuentemente, pareciera lógico que la Ley General Tributaria, de 1963, ni siquiera se pronunciase expresamente sobre ese derecho, por entender que derivaba automáticamente de su carácter privilegiado.

Esa conclusión vendría a refrendarse en recientes modificaciones legislativas. En efecto, por Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria, el **artículo 129.4** de la Ley General Tributaria pasa a establecer lo siguiente: «**El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales.** No obstante, podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales para lo que se requerirá únicamente autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria». En la misma línea, el artículo 39.2 de la Ley General Presupuestaria, en la redacción dada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, establece que «el carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar (...) unas condiciones singulares de pago...».

Así, pues, desde esta perspectiva, no parece existir duda de que los créditos tributarios, en cuanto créditos privilegiados, gozarían de derecho de abstención en la quiebra, de conformidad tanto con el Código de Comercio como con la Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria, y ello con independencia de que la quiebra afecte a un empresario individual o a una sociedad mercantil.

B) Sin embargo, la consideración de otros preceptos parece conducir a la solución contraria. Como es sabido, en la legislación española, aunque la técnica empleada no sea ciertamente exquisita, existe un **doble régimen jurídico del convenio en la quiebra**: uno para el empresario individual y otro para la quiebra de las sociedades, particularmente anónimas. En efecto, bajo la significativa rúbrica de «**Disposiciones generales** relativas a la quiebra de las **sociedades mercantiles en general**», la Sección 7.^a del Título IV del Código de Comercio (arts. 923 a 929) contiene unas importantes **especialidades de la quiebra de las sociedades**, particularmen-

⁴ V., por todos, GÓMEZ CABRERA, *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Pamplona, 2000, pp. 236 ss.; VARONA, *El crédito tributario en la quiebra*, Valladolid, 2000, pp. 263 ss.

te anónimas⁵, por oposición al resto de las normas del Título IV, que aparecen, pues, pensadas sólo para el empresario individual. Entre esas normas, interesa destacar ahora el **artículo 929** del Código de Comercio, que dispone que las propuestas de convenio que presenten las sociedades «**deberán resolverse con arreglo a lo que se dispone en la Sección siguiente**».

La Sección siguiente (la octava), a la que se remite la norma anteriormente referida, contiene, bajo la rúbrica «de la suspensión de pagos y de las quiebras de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas», dos significativas disposiciones que interesa destacar. La primera, la del **artículo 932**, cuyo párrafo segundo dispone que «para los efectos relativos al convenio, se dividirán los acreedores en **tres grupos**: el primero comprenderá los créditos de trabajo personal (...); el segundo, los de las obligaciones hipotecarias (...); y el tercero, **todos los demás créditos, cualquiera que sea su naturaleza y orden de prelación** entre sí y con relación a los grupos anteriores», en el que se incluyen todos los créditos privilegiados y, por tanto, los tributarios.

La segunda disposición es la del **artículo 937**, según el cual «**aprobado el convenio (...), será obligatorio para la compañía o empresa deudora y para todos los acreedores** cuyos créditos daten de época anterior a la suspensión de pagos (...).» Como fácilmente se observa, ese precepto, a diferencia del artículo 904, **no exime de la obligatoriedad del convenio a ningún acreedor**. Si a ello se une la circunstancia de que esa Sección del Código de Comercio **no se menciona la existencia del derecho de abstención**, debería concluirse que, por mandato del legislador, en la quiebra de las compañías de ferrocarriles y, por remisión, **en la quiebra de las sociedades anónimas no existe el derecho de abstención, y que, en consecuencia, no pueden gozar de él los créditos tributarios ni ningún otro**. A tenor de estas disposiciones, la figura del derecho de abstención en el convenio quedaría reducida, pues, a la quiebra del empresario individual, a la suspensión de pagos de cualquier empresario (art. 15.III LSP) y a los procedimientos concursales civiles de quita y espera y de concurso de acreedores (art. 1917 CC)8.

Pues bien, para tratar de resolver esa contradicción normativa, es preciso plantearse, de modo sucesivo, las siguientes cuestiones:

A) En primer lugar, hay que recordar el concepto y la finalidad del derecho de abstención como medio de tutela de los créditos privilegiados en los convenios concursales (II).

⁵ Sobre esas especialidades, v., por todos, BELTRÁN, Voz «Quiebra de sociedades anónimas», en *EJB*, III, Madrid, 1995, pp. 5445 ss.

B) En segundo lugar, es preciso determinar si en las suspensiones de pagos y quiebras de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas existe o no derecho de abstención como medio de tutela de los créditos privilegiados (III).

C) En tercer lugar, debe dilucidarse si la remisión que, para el convenio de las sociedades anónimas, realiza el artículo 929 del Código de Comercio a las normas sobre suspensiones de pagos y quiebras de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas se extiende o no al tratamiento de los créditos privilegiados y, en consecuencia, al derecho de abstención (IV).

D) En fin, hay que pronunciarse acerca de si las mencionadas reformas de la Ley General Tributaria y de la Ley General Presupuestaria modifican o no la legislación concursal y, en particular, si permiten considerar que han venido a conceder el derecho de abstención a los créditos tributarios en cualquier procedimiento concursal (V).

II. EL DERECHO DE ABSTENCIÓN COMO TÉCNICA DE TUTELA DE LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS EN EL CONVENIO

Como es sabido, el derecho de abstención constituye la técnica de tutela fundamental de los créditos privilegiados en el caso de que la solución del procedimiento concursal sea el convenio y no la liquidación: los acreedores privilegiados gozan de la facultad de no participar en la solución convenida por el deudor y la mayoría de sus acreedores y, en consecuencia, de no someterse a ella y satisfacer su crédito sin las limitaciones que el convenio fije⁶. En efecto, cuando la solución de la quiebra es la liquidación del patrimonio del deudor, los privilegios se ejercitan fácilmente, ya que consisten, precisamente, en que los correspondientes créditos se satisfagan por delante de otros, con lo que el único problema radica en el reparto adecuado del producto de la liquidación. Esa, es, por ejemplo, la idea que expresa el artículo 71 de la Ley General Tributaria cuando establece el privilegio de la Hacienda Pública.

Cuando la solución de la quiebra no es la liquidación del patrimonio del deudor, sino un convenio, no sirve esa técnica de tutela y ha de buscarse otra. La más importante y la más extendida es, precisamente, el derecho de abstención, que permite a los acreedores privilegiados no participar en las votaciones y no resultar afectados

⁶ V. GARRIDO, *Tratado*, pp. 680 ss.

por el convenio que se adopte. Esta es, como vimos, la técnica de tutela que sigue el Código de Comercio en los artículos 900 y 904, y es también la que se sigue en la Ley de Suspensión de Pagos (art. 15.III LSP), que incluso la extiende a los mal llamados acreedores de dominio (art. 22 LSP)⁷, así como en los procedimientos de quita y espera y de concurso de acreedores (art. 1917 CC).

No puede confundirse la técnica del derecho de abstención con la del **derecho de ejecución separada**, privilegio consistente en la posibilidad de satisfacción del crédito al margen del procedimiento concursal⁸, aunque algunos créditos privilegiados disfruten de las dos facultades. Quiere ello decir, para lo que ahora interesa, que los titulares del derecho de ejecución separada disfrutarán de su especial facultad con independencia de que tengan o no, además, derecho de abstención en el convenio. Así, cualquiera que sea la solución que se adopte respecto a la titularidad del derecho de abstención de los créditos tributarios, si un crédito de esta naturaleza se encuentra garantizado con un derecho real, disfrutará de la posibilidad de la ejecución separada propia de los acreedores con garantía real, e, igualmente, si la Hacienda Pública hubiese iniciado el procedimiento de apremio antes de la apertura de la quiebra, podría seguir adelante con la ejecución (arts. 129.3 LGT y 93.1 del Reglamento General de Recaudación)⁹.

El derecho de abstención no puede considerarse una característica intrínseca del crédito privilegiado que sería equivalente a la preferencia en caso de liquidación. En efecto, de un lado, el derecho de abstención no es la única técnica de tutela posible para los créditos privilegiados en el convenio, sino que existen otras técnicas, entre las que pueden destacarse la exigencia de mayorías reforzadas y la distribución de los acreedores en grupos para la aprobación del convenio¹⁰. De otro lado, en consecuencia, el derecho de abstención no puede considerarse como una cualidad esencial de los privilegios que hubiera de ser respetada en todo caso por la ley en cualquier procedimiento concursal. Antes al contrario, la figura del derecho de abstención ha llegado a merecer severas críticas doctrinales. En efecto, se ha dicho que «si en el caso de liquidación de la empresa en quiebra dichos privilegios provocan normalmente la insatisfac-

⁷ URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, pp. 1017-1018.

⁸ Para la distinción entre el privilegio y el derecho de ejecución separada v. DÍEZ-PICAZO, «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en AA. VV., *La reforma del Derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español)*, Madrid, 1982, p. 296; GARRIDO, *Tratado*, pp. 677 ss.

⁹ V. URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso*, II, pp. 937 y 962 ss.

¹⁰ GARRIDO, *Tratado*, pp. 677 ss.

ción absoluta de los créditos ordinarios, en caso de convenio en la propia quiebra o en la suspensión de pagos muchos de sus titulares se convierten también en árbitros de la solución de la crisis al gozar del denominado derecho de abstención, que les faculta para no participar en las deliberaciones de las juntas de acreedores y, en consecuencia, para no verse afectados por el convenio alcanzado entre el deudor y los acreedores ordinarios»¹¹. Y, en la misma línea, se ha afirmado que «la abundancia de acreedores con derecho de abstención convierte el convenio en una posibilidad fallida, pues la necesidad de pagar inmediatamente a los acreedores con derecho de abstención reduce al mínimo, cuando no anula, las posibilidades de que el deudor pueda continuar su actividad mercantil y logre satisfacer en una medida significativa los créditos ordinarios. Los créditos (privilegiados...) gravan sobre el patrimonio concursal como un peso muerto, dificultando considerablemente la obtención de un resultado económico beneficioso. El pago inmediato de estos acreedores suele resultar imposible sin la liquidación de la empresa»¹².

III. LA INEXISTENCIA DE DERECHO DE ABSTENCIÓN EN LA QUIEBRA DE LAS COMPAÑÍAS DE FERROCARRILES Y DEMÁS OBRAS PÚBLICAS

Es probable que un razonamiento de ese tipo se encuentre en la base de la decisión legislativa según la cual, precisamente en la quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, no se conceda a los créditos privilegiados el tradicional derecho de abstención, sino que esa técnica de tutela sea sustituida por la de los **grupos** de acreedores. En efecto, como es sabido, esa legislación especial, que arranca con la Ley de 12 de noviembre de 1869, se caracteriza por su marcada **finalidad de conservación de la empresa en crisis**, claramente puesta de manifiesto cuando se establece, por ejemplo, que «por ninguna acción judicial ni administrativa podrá interrumpirse el servicio de explotación de los ferrocarriles ni de ninguna otra pública» (art. 931 C de C). Con esta regulación se trataba, en definitiva, de ofrecer a la gran empresa una nueva legislación concursal que favoreciese su conservación en caso de crisis¹³.

¹¹ MENÉNDEZ, en *Estudios Chico*, p. 1323.

¹² GARRIDO, *Tratado*, p. 683.

¹³ V., ampliamente, DUQUE, «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 113 ss.

Parece claro que en este procedimiento especial **no existe la figura del derecho de abstención en el convenio**, ni de los créditos privilegiados ni de ningún otro¹⁴.

a) De un lado, a diferencia de lo previsto con carácter general por el artículo 900 del Código de Comercio, no existe norma alguna en esta Sección que se refiera explícita o implícitamente al derecho de abstención.

b) De otro lado, la comparación entre los artículos 904 y 937, que establecen de forma prácticamente idéntica la obligatoriedad del convenio para el deudor y para los acreedores anteriores a la declaración de quiebra, pone de manifiesto la significativa diferencia de que este último no prevé excepción alguna, atinente a los acreedores con derecho de abstención. Por tanto, el convenio es obligatorio para **todos** los acreedores del quebrado, sin que se conceda a los acreedores privilegiados el derecho de abstención.

c) En fin, la inexistencia del derecho de abstención era ya notoria en la Ley de 12 de noviembre de 1869, sobre quiebra de las compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, antecedente de la regulación de la Sección octava del Código de Comercio, cuyo artículo 12 se limitaba a establecer que «los convenios (...) entre las Compañías y sus acreedores serán obligatorios para todos los interesados en el ferrocarril».

La Ley de 1869 y, tras ella, el Código de Comercio, **sustituyen el derecho de abstención por una técnica de tutela distinta y, además, de muy diferente alcance**, ya que no puede considerarse que sea de la misma intensidad para todos los acreedores privilegiados. En efecto, inspirándose en el artículo 12.II de la Ley de 1869, el artículo 932.II del Código de Comercio divide a los créditos en **tres grupos**, «para los efectos relativos al convenio». El primer grupo está compuesto por «los créditos de trabajo personal y los procedentes de expropiaciones, obras y material». El segundo grupo, se integra por «los de las obligaciones hipotecarias emitidas por el capital que las mismas representen, por los cupones y amortización vencidos y no pagados (...), dividiéndose este grupo en tantas secciones cuantas hubieren sido las emisiones de obligaciones hipotecarias». Y el tercer grupo se integrará por «**todos los demás créditos** que existan contra la Compañía, **cualquiera que sea su naturaleza y orden de prelación** entre sí y con relación a los créditos de los grupos anteriores»¹⁵.

¹⁴ Así, URÍA/MENÉNDEZ/BELTRÁN, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso*, II, p. 1028; CERDÁ/SANCHO, *Curso De Derecho Concursal*, Madrid, 2000, p. 228.

¹⁵ V. DUQUE, en *Estudios Polo*, pp. 163 ss.

Con ello se pone de manifiesto claramente la intención del legislador de someter al convenio a los créditos privilegiados, cuya tutela se basa exclusivamente en la exigencia de mayorías dentro de cada uno de los grupos. En efecto, integran el tercer grupo todos los acreedores singularmente privilegiados (salvo, en su caso, los salariales que tengan esa condición) y todos los acreedores **privilegiados**, entre los que han de incluirse, lógicamente, los **créditos tributarios**¹⁶.

IV. EL ALCANCE DE LA REMISIÓN DEL ARTÍCULO 929 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Verificada la inexistencia del derecho de abstención en la suspensión de pagos y la quiebra de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, se trata ahora de determinar si la remisión del artículo 929 a la referida normativa especial se extiende o no a la inexistencia del derecho de abstención. Como se ha señalado, el Código de Comercio contiene un doble régimen para el convenio en la quiebra, aplicable, respectivamente, al empresario persona física (arts 898 a 907) y a las sociedades mercantiles (arts. 928 y 929, que, a su vez, se remite a los artículos 932 a 938)¹⁷.

La lectura de los artículos 928 y 929, que establecen el régimen del convenio en la quiebra de las sociedades, es sumamente ilustrativa: la diferencia de régimen jurídico con el convenio en la quiebra del empresario individual obedece a la decidida intención legislativa de **facilitar la consecución del convenio concursal con el propósito claro de favorecer la conservación de la empresa**, algo que

¹⁶ Así, sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 30 de junio de 1987 (en *RJCat*, 1987, 971).

Puede afirmarse incluso que esa forma de tutela, basada en la exigencia de mayorías, es intensa sólo para determinados créditos privilegiados (los derivados del crédito personal y de obligaciones hipotecarias), ya que los restantes –entre los que se incluyen, como hemos dicho, los créditos tributarios– forman parte del tercer grupo de acreedores, cuya protección es menor. En efecto, el artículo 935 del Código de Comercio, siguiendo nuevamente lo previsto en la Ley de 1869, establece en su párrafo primero que «el convenio quedará aprobado por los acreedores si lo aceptan los que representen tres quintas partes de cada uno de los grupos (...) señalados en el artículo 932»; pero añade en el párrafo segundo que «se entenderá igualmente aprobado por los acreedores si no habiendo concurrido, dentro del primer plazo señalado al efecto, número bastante para formar la mayoría de que antes se trata, lo aceptaren en una segunda convocatoria acreedores que representaren los dos quintos del total de cada uno de los dos primeros grupos (...), siempre que no hubiese oposición que exceda de otros dos quintos de cualquiera de dichos grupos (...), o del total pasivo».

¹⁷ Está fuera de toda duda, por la dicción del artículo 928 y por lo que luego se dirá sobre el origen de esta normativa especial, que la remisión está pensada para las sociedades anónimas. Lo que se discute es si esa normativa especial se extiende o no a las demás sociedades (v. por todos, GALLEGÓ, «La quiebra: el convenio», en HERNANDEZ MARTÍ (coord.), *suspensión de pagos, quiebra e insolvencias punibles*, Valencia, 2001, II, pp. 1036 ss.).

al tiempo de la promulgación del Código de Comercio se consideraba fundamental en relación con las grandes empresas, identificadas entonces con las sociedades anónimas. Así, en primer lugar, el **artículo 928** dicta una norma especial sobre el contenido del convenio, estableciendo que «podrá tener por objeto la continuación o el traspaso de la empresa», algo que hoy puede resultar obvio, pero que en el año 1885 tenía el significativo sentido de poner de manifiesto que la quiebra de una sociedad anónima –a diferencia de la quiebra de un empresario individual– no había de significar la liquidación de la empresa.

Y, en segundo lugar, el **artículo 929**, tras subrayar en el primer inciso la continuidad de la sociedad, que necesita de una representación, se aleja de la quiebra del empresario individual respecto a la tramitación del convenio: de un lado, al establecer que la propuesta de convenio podrá presentarse en cualquier estado de la quiebra, parece permitir que las sociedades alcancen un convenio con sus acreedores aun cuando la quiebra sea calificada como fraudulenta (v., por el contrario, art. 898.II C de C), y, desde luego, sin esperar a la calificación de la quiebra (v., por el contrario, art. 898.I C de C), y permite igualmente que se realice la propuesta de convenio antes de que termine el reconocimiento de créditos (v., por el contrario, art. 898.I C. de C). De otro lado, y lo que ahora interesa, establece que las propuestas de convenio «deberán resolverse con arreglo a lo que se dispone en la Sección siguiente». El **artículo 929** del Código de Comercio, en la parte relativa a la tramitación del convenio de las sociedades mercantiles quebradas, ha sido calificado, en consecuencia, con acierto, como una **norma de remisión**, cuyo alcance ha de considerarse, pues, **general**¹⁸.

De este modo, parece que debe entenderse comprendida en la remisión no sólo la sustitución de la celebración de una junta general por la tramitación escrita, algo que tiene su fundamento, una vez más, en la conservación de la empresa¹⁹, sino toda la regulación contenida en la referida Sección octava. En efecto, de un lado, resulta verdaderamente esclarecedor de la intención del legislador el origen del precepto, ya que, como se ha observado, «el artículo 929 del Código de Comercio de 1885 es el resultado de la refundición de los artículos 22 y 20 de la Ley de 12 de noviembre de 1869.

¹⁸ ROJO, «La tramitación escrita del convenio en la quiebra y en la suspensión de pagos», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Broseta Pont*, Valencia, 1995, III, p. 3262; GALLEGOS, en HERNÁNDEZ MARTÍ (coord.), *Suspensión de pagos*, II, pp. 1034 ss.

¹⁹ Sobre ello, ROJO, en *Estudios Broseta*, III, pp. 3259 ss.; DE LA CUESTA, «Los modos de terminación de la quiebra», en AA. VV., *Derecho concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, II, Madrid, 1992, pp. 643 ss.

En el artículo 22 se regula la representación de la Compañía de Ferrocarriles durante la quiebra y en el artículo 20 se admite que tales sociedades anónimas especiales puedan hacer a sus acreedores las proposiciones de convenio que consideren «en cualquier estado del procedimiento de quiebra», las cuales –añade dicho artículo 20– «se sustanciarán y se resolverán en la forma que establece esta Ley»²⁰.

De otro lado, parece igualmente claro que la expresión «deberán resolverse» no atiende sólo a la forma concreta de conclusión del convenio (en junta de acreedores o por adhesiones escritas), sino a todo lo relacionado con la conclusión del convenio, y en particular, para lo que ahora interesa, con la formación de grupos de acreedores²¹, y, en consecuencia, con el **no reconocimiento del derecho de abstención**. Puede concluirse, por ello, que, mientras en el convenio del empresario individual los acreedores privilegiados gozan de derecho de abstención, esta figura no existe en el convenio de la quiebra de sociedades anónimas, que por tanto, vincula a la sociedad quebrada y a todos sus acreedores concursales²².

La razón de la falta de reconocimiento del derecho de abstención en la quiebra de las sociedades anónimas ya la conocemos, porque es exactamente la misma que había llevado al legislador de 1869 a no concederlo en las quiebras de las compañías de ferrocarriles: el reconocimiento del derecho de abstención obstaculiza la conservación de la empresa, que es la finalidad perseguida por el legislador cuando regula de forma especial la quiebra de las sociedades anónimas.

Es cierto que la remisión del artículo 929 del Código de Comercio a las normas de la Sección octava origina importantes dificultades prácticas, que han sido subrayadas por la doctrina, relativas sobre todo a la formación de los tres grupos de acreedores requeridos, ya que pocas sociedades emiten obligaciones hipotecarias²³, y, en consecuencia, a la determinación de las mayorías requeridas para la conclusión del convenio. Pero no es menos cierto que esas dificultades deben superarse con una adecuada integración de las lagunas normativas y con la correcta interpretación de las normas existentes, y en modo alguno mediante la negación de la remisión y la aplicación indiscriminada de las normas previstas para el conve-

²⁰ ROJO, en *Estudios Broseta*, p. 3260, nota 22.

²¹ ROJO, en *Estudios Broseta*, p. 3264; CORDÓN, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, Pamplona, 1995, p. 268; GALLEGOS, en HERNÁNDEZ MARTÍ, *Suspensión de pagos*, II, 1070.

²² CERDÁ/SANCHO, ob. cit., pp. 216 y 228.

²³ ROJO, ob. cit., p. 3267; CERDÁ/SANCHO, ob. cit., 220.

nio de los empresarios individuales. Parece claro que la Ley ha querido que no exista derecho de abstención en el convenio de la quiebra de las sociedades anónimas y no es posible afirmar su existencia apelando a las dificultades prácticas de la aplicación del régimen especial de las compañías de ferrocarriles.

IV. EL SENTIDO DE LOS ARTÍCULOS 129.4 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA Y 39.2 DE LA LEY GENERAL PRESUPUESTARIA

La última duda resulta de las modificaciones legislativas experimentadas por la Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria, que aluden expresamente al carácter privilegiado y al derecho de abstención de los créditos tributarios. Como se ha señalado, el artículo 129.4 de la Ley General Tributaria, tras la reforma de 1995, establece que «el carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, podrá, en su caso, suscribir acuerdos o convenios concertados en el curso de los procesos concursales para lo que se requerirá únicamente autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria». En la misma línea, el artículo 39.2 de la Ley General Presupuestaria, tras la reforma de 1999, dispone que «el carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar (...) unas condiciones singulares de pago...». Y, en el mismo sentido, se ha modificado, en fin, la Ley General de la Seguridad Social.

Se ha escrito que esas normas se impondrían a lo preceptuado en el artículo 937 del Código de Comercio, con lo cual el derecho de abstención de los créditos tributarios y de la Seguridad Social sería el único reconocido en el caso de convenio en quiebra de sociedades y de quiebra de compañías de ferrocarriles²⁴. Es decir, que la Ley General Tributaria y la Ley General Presupuestaria –y la Ley General de la Seguridad Social– habrían derogado el Código de Comercio para conceder a los acreedores públicos –y sólo a los acreedores públicos– derecho de abstención en cualquier procedimiento concursal.

²⁴ CERDÁ/SANCHO, *Curso*, p. 228.

Sin embargo, esa afirmación suscita serias dudas, porque parece que no es tarea de la Ley General Tributaria ni de la Ley General Presupuestaria –ni de la Ley General de la Seguridad Social– determinar en qué procedimientos concursales ha de existir el derecho de abstención como norma de tutela de los créditos privilegiados. Más correcto parece entender que dicha legislación se limita a establecer que los créditos tributarios, en cuanto créditos privilegiados, han de gozar de la tutela prevista para los mismos, y, en consecuencia, deben tener derecho de abstención allí donde el ordenamiento jurídico lo conceda, es decir, en la quita y espera, en el concurso de acreedores, en la suspensión de pagos y en la quiebra del empresario individual (y, en su caso, en la quiebra de sociedades de personas); pero no pueden tener ese derecho de abstención allí donde el ordenamiento jurídico no se lo reconoce a ningún acreedor, sencillamente porque no se contempla como medio de tutela de los créditos, es decir, en la quiebra de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas y en la quiebra de las sociedades anónimas. Si, como es el caso, un procedimiento concursal no reconoce derecho de abstención a ningún acreedor, no es razonable concluir que los referidos preceptos legislativos lo estarían otorgando a los créditos tributarios. Ello crearía situaciones insostenibles: no sólo sería imposible determinar el régimen jurídico de ese derecho de abstención que las normas concursales no otorgan, sino que, además, se estaría creando una indefendible desigualdad de trato entre los créditos privilegiados.

Además, la razón de ser de la reforma de las referidas Leyes no parece que fuera la de modificar las normas concursales. En efecto, como se ha señalado, se trataba, ante todo²⁵, de salir al paso de algunas discutibles resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 25 de junio de 1979 y de 20 de febrero de 1987) que habían negado el derecho de abstención de determinados créditos tributarios en la suspensión de pagos sobre la base de que no tenían la consideración de créditos privilegiados²⁶. Se reacciona legislativamente, de modo que se señala que el crédito tributario es, en sentido estricto, crédito privilegiado y, en consecuencia, ha de gozar de las facultades atribuidas a los créditos privilegiados: prelación en caso de liquidación (art. 71 LGT, que sí modifica la graduación de créditos fijada en el Código de Comercio

²⁵ GÓMEZ CABRERA, *Concurrencia*, pp. 236 y 237

²⁶ Como ya se indicó (v. *supra*, nota 2), en realidad lo que esas resoluciones negaban era el carácter singulamente privilegiado de determinados créditos tributarios; pero, en cualquier caso, ponían en duda el derecho de abstención de los créditos tributarios en la suspensión de pagos.

y en el Código Civil) y derecho de abstención en caso de convenio, allí donde el derecho de abstención exista (arts. 1917 CC, 15.III LSP y 900 C de C). Y se trataba, de otro lado, de dejar claro, frente a lo que normalmente se venía entendiendo²⁷, que la Hacienda Pública, como acreedor privilegiado y, por tanto, titular del derecho de abstención (allí donde exista), puede renunciar a su derecho y someterse al convenio como cualquier otro acreedor, a pesar de la naturaleza pública de sus créditos, de modo que establece quién tiene la facultad de renunciar a ese derecho en cada caso²⁸.

La conclusión es clara: en la vigente legislación concursal los créditos privilegiados y, entre ellos, los tributarios, carecen de derecho de abstención en la quiebra de las sociedades anónimas, quedando, pues, obligados a participar en el convenio y a los efectos del mismo. Ciertamente, podría dudarse de la conveniencia de suscitar este delicado problema en pleno proceso de reforma de la legislación concursal española, que –como es sabido– suprimirá de raíz toda incertidumbre al respecto²⁹; pero ha parecido conveniente hacerlo en la medida en que, de un lado, revela, una vez más, la insostenible situación del vigente Derecho concursal español y en que, de otro, siempre resulta útil el reconocimiento de los propios errores para no volverlos a cometer en el futuro.

²⁷ V., todavía, SALA REIXACHS, «La Hacienda Pública en los procedimientos concursales», en *RGD*, 1997, pp. 145-146.

²⁸ Así, VARONA, *Crédito tributario*, pp. 265 ss.

Cuestión distinta, que no viene ahora al caso, pese a las graves dudas que suscita, es la facultad que la reforma de la Ley General Presupuestaria confiere a la Hacienda Pública de llegar a acuerdos con el deudor al margen del convenio.

²⁹ Es claro, en efecto, que el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002, aunque no utilice la expresión «derecho de abstención», emplea esa técnica de tutela para todos los créditos privilegiados, entre los que se encuentran los tributarios. En efecto, el artículo 90 prevé que «son créditos con privilegio general (...) 5.º Los créditos tributarios y demás de Derecho Público» y el artículo 133.2 dispone que «los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta». Con ello, se sigue la línea del Anteproyecto de 1983, que excluía expresamente de la obligatoriedad del convenio a los titulares de créditos predeudibles y privilegiados (art. 232), y de la Propuesta de 1995, que limitaba la obligatoriedad del convenio a los acreedores ordinarios y legalmente postergados (art. 172).

La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa

JOSÉ RAMÓN DE VERDA BEAMONTE

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares: La desconexión entre los artículos 1484 y 1486.I del Código Civil.—II. El estado de la cuestión en el Código Civil francés.—III. La influencia de Domat y de Pothier en la regulación de las acciones edilicias. 1. La influencia de Domat en la redacción del artículo 1641 del «Code». 2. La influencia de Pothier en la redacción del artículo 1644 del «Code».

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: LA DESCONEXIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 1484 Y 1486.I DEL CÓDIGO CIVIL

El presente trabajo parte de la premisa de que entre los artículos 1484 y 1486.I del Código civil existe una evidente falta de armonía.

El primero de los preceptos, al definir los vicios ocultos, habla de defectos, que hacen la cosa imprópria para el uso a que se la destina o que «dismiñuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría pagado menos precio por ella».

El segundo de los preceptos, al establecer los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa, atribuye a éste la facultad de optar entre «desistir» del contrato o rebajar una cantidad proporcional del precio, por lo que queda en sus

manos decidir el ejercicio de la acción redhibitoria o el de la estimatoria¹.

A todas luces, resulta excesivo permitir la rescisión del contrato mediante la acción redhibitoria cuando la cosa vendida adolece de un defecto, cuyo conocimiento por parte del comprador hubiera determinado, simplemente, el pago de un menor precio por ella, ya que, de esta manera, cualquier defecto que disminuya la utilidad de la cosa, por nimio que sea, puede alcanzar la consideración de vicio redhibitorio, lo que es inadmisible desde el punto de vista de la seguridad jurídica en la contratación.

Para evitar tal consecuencia, la doctrina² y la jurisprudencia³ acuden el expediente de exigir la denominada «gravedad» del vicio, concepto éste difuso, y que puede llevar a resultados injustos: la consideración de que un vicio no es grave, no sólo impedirá al comprador el ejercicio de la acción redhibitoria, sino también el de la estimatoria, con lo que deberá soportar el riesgo de que la cosa tenga defectos ocultos, que quizás no tengan la entidad suficiente para rescindir el contrato, pero sí para permitirle obtener una reducción del precio⁴.

¹ La STS 25 enero 1957 (*RAJ* 1957, núm. 372) observa que corresponde al comprador «el derecho a la elección entre esas dos acciones, porque tratándose de esas cosas que ha adquirido con el objeto de le presten alguna utilidad, de la clase que sea, nadie puede conocer y juzgar mejor que él si llenan ese cometido en mayor o menor grado, o le son, por los defectos que tienen, completamente inútiles para la finalidad con que las ha adquirido».

² Cfr., por todos, GARCÍA CANTERO, «Comentario a los arts. 1484 a 1490 C.C.», en *Id.*, «Comentario a los arts. 1445 a 1541 C.c.», en AA.VV., *Comentario al Código civil y compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO y S. DÍEZ ALABART), t. XIX, 2.^a ed., Madrid, 1991, pp. 373-374. Observa el autor que el vicio ha de ser grave: «no basta con que el comprador se limite a afirmar que, de serle conocido el vicio o defecto, no hubiera comprado la cosa o que, no hubiera hecho por ese precio, sino que ha de probar que la disminución de utilidad es importante». Explican PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, «Notas», a ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, en ENNECCERUS/KIPP/WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 2.^a, *Doctrina especial* (traducción española de la 35.^a ed. alemana), Barcelona, 1935, p. 57, que en el supuesto de vicios ocultos de pequeña importancia no procede, ni la redhibición, ni la reducción del precio, de conformidad con la buena fe («De minimis non curat Pretor»).

³ Cfr. STS 31 enero 1970 (*RAJ* 1970, núm. 370); SAP Badajoz 13 febrero 1997 (*AC* 1997, núm. 346). Afirma la SAP Zamora 9 julio 1998 (*ActCiv.* 1998, @ 1475) que no concurre el requisito de la gavedad, cuando se trata de «simples defectos que se subsanan fácilmente».

⁴ La jurisprudencia ha entendido que concurría el requisito de la gravedad de los vicios ocultos, habiendo estimado la acción, redhibitoria o estimatoria, ejercitada por el comprador, entre otros, en los siguientes casos. Los muebles comprados presentan innumerables defectos de fabricación, ya que los cajones estaban obstruidos y no realizaban su propio juego, la puerta del armario y de la mesilla no encajaban, los tiradores del armario se habían desprendido de las lunas en que estaban empotrados, la cerradura central del armario no funcionaba y sus tablones interiores estaban curvados [STS 25 enero 1957 (*RAJ* 1957, núm. 372)]. El camión adquirido resulta inútil para el fin para el que se compró, por las muchas averías sufridas a causa de la deficiente calidad de los materiales usados en su fabricación [STS 7 junio 1966 (*RAJ* 1966, núm. 2878)]. La ballesta de suspensión delantera derecha, sobre la que va apoyado el pase de la rueda del autobús comprado, tiene un

La cuestión se plantea, pues, en los siguientes términos: si de algún modo no se corrige el amplio tenor del artículo 1484 C.c., se pone en peligro la seguridad jurídica; pero, si se exige el requisito de la gravedad de los vicios, se impide al comprador de una cosa con pequeñas imperfecciones que pueda obtener una rebaja proporcional del precio a juicio de peritos.

En mi opinión, ninguna de las dos soluciones llega a corregir satisfactoriamente las negativas consecuencias que se derivan de una inadecuada regulación del Código civil, el cual establece una tipificación unitaria de los vicios ocultos, sin discriminar su trascendencia en orden a la satisfacción del interés perseguido por el comprador con la celebración del contrato⁵.

Me parece que hubiera sido más correcto remitir a la apreciación judicial la decisión de si un determinado defecto tenía entidad suficiente para rescindir el contrato o, si simplemente, debía dar lugar a una reducción del precio.

Sin embargo, el Código civil español, en este punto, como en tantos otros, no pudo sustraerse a la influencia del *Code Napoléon*.

uso distinto a los otros tres; dicho pase está a unos centímetros más abajo de lo correcto, por lo que a plena carga roza con la cubierta de la rueda de dicho lado y, en consecuencia, el vehículo, en su estado actual, es inútil para circular a plena carga [STS 31 enero 1970 (*RAJ* 1970, núm. 370)]. Los pórticos de hormigón armado, comprados para la construcción, tienen una resistencia inferior a la pactada [STS 11 julio 1984 (*RAJ* 1984, núm. 4205)]). El coche de segunda mano tenía graves defectos de dirección en su tren de rodaje y chasis, a pesar de que había superado el examen de la inspección técnica de vehículos, dos meses antes de haber sido vendido [SAP Valencia 18 enero 1995 (*RGD* 1995, p. 7609)]. El camión de segunda mano está afectado por una avería de «gripado del motor», consecuencia de un accidente sufrido con anterioridad a la venta, que origina cuantiosas reparaciones al comprador [SAP Teruel 10 mayo 1995 (*AC* 1995, núm. 917)]. En el vehículo de segunda mano adquirido existían una desviación de rueda trasera izquierda con respecto a la derecha, lo que hacía insegura la conducción [SAP Lérida 12 diciembre 1995 (*RGD* 1996, p. 9224)]. Los zapatos suministrados adolecían de graves defectos que los hacían inservibles para su venta al público, tales como la ausencia de forros en el interior de los zapatos o el despegado de los mismos, y las voluminosas costuras indebidamente recortadas [SAP Murcia 30 enero 1996 (*ED* 96/8848)]. El automóvil comprado es un vehículo muy usado, tiene las piezas gastadas y más kilómetros de los que recogía el cuentakilómetros, como consecuencia de lo cual sufrió una importante avería que conllevo el cambio de motor [SAP Soria 17 junio 1997 (*AC* 1997, núm. 1345)]. Falta parte de la superficie del parquet del salón de la vivienda adquirida, circunstancia ésta, que no pudo ser apreciada por el comprador, al estar tapado el suelo del salón con una alfombra [SAP Madrid 5 mayo 1998 (*AC* 1998, núm. 7199)]. El edificio donde se ubica el piso vendido fue construido con cemento aluminoso [SAP Barcelona 19 enero 1999 (*RGD* 1999, p. 11902)].

⁵ Como observa MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», *A.D.C.*, 1980, pp. 630-632, la responsabilidad del vendedor tiene un supuesto de hecho unitario, de modo que la tipificación del vicio redhibitorio que opera el art. 1484 C.c. (al exigir que se trate de defectos que hagan impropias la cosa para el uso a que se la destina o disminuyan de tal modo dicho uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella) no «intenta predeterminar la oportunidad de una u otra acción, según cuál hubiera sido esa actitud del comprador en el momento de celebrarse el contrato».

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

La regulación española en la materia es heredera de la contenida en el Código civil francés.

Es exacta la correspondencia entre el artículo 1484 del Código civil español y el artículo 1641 del Código civil galo, a cuyo tenor, el vendedor está obligado a la garantía por los defectos ocultos de la cosa vendida «qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus»⁶.

⁶ La jurisprudencia francesa ha considerado supuestos de vicios redhibitorios, habiendo estimado, además, las acciones edilicias ejercitadas por el comprador, entre otros, los siguientes: presencia de termitas en las piezas de madera de la vivienda [*Cass.civ.* (Sala Primera) 31 marzo 1954, *D.*, 1954, p. 417]; caballo ciego de un ojo [*Cass.civ.* (Sala Primera) 26 febrero 1964, *Bull.*, 1964, I, núm. 105, p. 79]; podredumbre interna de la madera comprada para la construcción de un barco de recreo (*Cass.com.* 18 enero 1972, *JPC.*, 1972, II, 17072); pala de excavación de ocasión con defectos que originan una importante avería (*Cass.com.* 30 octubre 1978, *JPC.* 1979, II, 19178); horno defectuoso (*Cass.com.* 25 febrero 1981, *Bull.*, 1981, IV, núm. 111, p. 84); poca resistencia de las baldosas del suelo del apartamento vendido [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 3 enero 1984, *Bull.*, III, 1984, núm. 4, p. 3]; nave cisterna, cuyos depósitos, sufren graves corrosiones, debidos a los defectos del acero utilizado en su fabricación (*Cass.com.* 3 diciembre 1985, *Bull.*, 1985, IV, núm. 287, p. 245); automóvil de ocasión, con una serie de defectos, que, en su conjunto, dan lugar a un vicio redhibitorio, pese a la vetustez del vehículo, p.ej., el motor pierde potencia, desprende aceite, los amortiguadores están inutilizables, el tren delantero está totalmente hundido, etc. (Paris 17 febrero 1987, *D.*, 1987, *IR.*, p. 52); camión de segunda mano con graves defectos en el sistema de freno [*Cass.civ.* (Sala Primera) 16 julio 1987, *Bull.*, 1987, I, núm. 230, p. 169]; vehículo de ocasión, cuyo motor diesel presenta un fuerte deterioro, debido a condiciones de utilización duras y a una carencia de conservación del mismo (Versailles 25 marzo 1988, *D.*, 1988, *IR.*, p. 136); casa infectada de termitas [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 16 noviembre 1988, *Bull.*, 1988, III, núm. 164, p. 89]; importante corrosión de los bajos del vehículo, que no permite un uso normal del mismo y lo hace peligroso (Versailles 3 febrero 1989, *D.*, 1989, *IR.*, p. 92); graves defectos del techo del apartamento, silenciados por el vendedor, y sólo visibles mediante la utilización de una escalera de ocho metros [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 3 mayo 1989, *D.*, 1990, p. 117]; inmueble que exige trabajos de acondicionamiento inusuales para poder construir sobre él, debido a su excesiva humedad [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 17 enero 1990, *Bull.*, 1990, III, núm. 26, p. 13]; recipientes de carburo defectuosos (*Cass.com.* 22 junio 1993, *Bull.*, 1993, IV, núm. 267, p. 188); automóvil de segunda mano afectado de grave corrosión [*Cass.civ.* (Sala Primera) 23 mayo 1995, *Bull.*, 1995, I, núm. 216, p. 153]; automóvil de segunda mano, que había sufrido un accidente, y había sido objeto de reparaciones, por lo que su uso resultaba peligroso [*Cass.civ.* (Sala Primera) 7 junio 1995, *Bull.*, 1995, I, núm. 250, p. 176]; existencia de una fisura en el suelo de la vivienda adquirida, la cual afectaba gravemente a la solidez del inmueble, circunstancia ésta que el vendedor disimuló colocando una espesa moqueta en el cuarto de estar de la vivienda, el cual estaba enteramente amueblado cuando fue visto por los futuros adquirentes [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 21 julio 1998, *Cont., Conc., Cons.*, 1998, p. 144]. Apartándose del claro tenor del *Code*, que establece una tipificación unitaria de los vicios ocultos, dejando al comprador la opción entre ejercitarse las acciones, redhibitoria o estimatoria, *Cass.com.* 6 marzo 1990, *Bull.*, 1990, IV, núm. 75, p. 51, entiende que la rentabilidad, falsamente anunciada, de un establecimiento comercial, habiéndose falseado el volumen de negocios de los tres últimos, es un vicio oculto, que no autoriza la redhibición, pero sí la

La misma coincidencia existe entre el artículo 1486.I del Código civil español y el artículo 1644 del Código civil francés, conforme al cual «L'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre una partie du prix, telle qu'elle sera arbitré par experts»⁷.

reducción del precio: acoge, así, la demanda del comprador que, principalmente, había ejercitado la acción redhibitoria y, subsidiariamente, la *quanti minoris*.

En los casos que, a continuación se exponen, también la jurisprudencia entendió que había concurrido un supuesto de vicios ocultos, si bien desestimó la demanda del comprador, al entender que había ya transcurrido el breve plazo que el art. 1648 del *Code* prevé para el ejercicio de las acciones edilicias: partida de tejas defectuosas [*Cass.civ.* (Sala Primera) 5 mayo 1993, *D.*, 1993, p. 506]; automóvil de segunda mano, que había recorrido el doble de kms. de los que figuraba en el cuenakilómetros y había sufrido varios accidentes, que, a juicio de un dictamen pericial solicitado por el comprador, dejaba el motor del mismo fuera de servicio [*Cass.civ.* (Sala Primera) 16 junio 1993, *Bull.*, I, 1993, núm. 224, p. 155]; calentador eléctrico que presenta en su interior una fisura proveniente de un defecto de montaje [*Cass.civ.* (Sala Primera) 27 octubre 1993, *Bull.*, I, 1993, núm. 305, p. 210]; furgoneta defectuosa [*Cass.civ.* (Sala Primera) 8 diciembre 1993, *Bull.*, 1993, I, núm. 362, p. 252]; revestimiento de muro de vivienda defectuoso a causa de su extrema sensibilidad al agua [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 28 junio 1995, *Bull.*, 1995, III, núm. 162, p. 109]; automóvil nuevo, con defecto en la pintura y herrumbre en el maletero [*Cass.civ.* (Sala Primera) 4 julio 1995, *Bull.*, 1995, I, núm. 302, p. 211]; inmueble con graves defectos que lo hacían inhabitable [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 4 octubre 1995, *Bull.*, 1995, III, núm. 216, p. 145]; inmueble que, por su humedad, resultaba insalubre y, por ende, inapto para ser habitado [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 24 enero 1996, *Bull.*, 1996, III, núm. 27, p. 18]; bordillos de acera que saltaban, al no ofrecer una resistencia suficiente a los cambios climáticos [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 14 febrero 1996, *Bull.*, 1996, III, núm. 47, p. 32]; plaza de garaje inutilizable a consecuencia de una rampa de hormigón [*Cass.civ.* (Sala Tercera) 20 marzo 1996, *D.*, 1996, *inf.rap.*, p. 104] lote de tejas, cuyos defectos de fabricación dieron lugar a roturas y exfoliaciones en el tejado en el que habían sido usadas [*Cass.civ.* (Sala Primera) 14 mayo 1996, *JCP*, 1997, ed. G., I, 4009, p. 140]; platos de barro, que se rompián al ser metidos en el horno (*Cass.com.* 17 diciembre 1996, *D.*, 1997, 337).

⁷ El tenor literal del *Code* es claro, por cuanto concierne al establecimiento de una tipificación unitaria de los vicios redhibitorios. Los requisitos a los que se subordina el ejercicio de la acción redhibitoria y de la *quanti minoris* son los mismos, concurriendo los cuales, el comprador puede optar por el ejercicio de una u otra acción.

Esta solución, que tiene su origen en la doctrina de POTHIER, *Oeuvres, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle* por BUGNET, 2.^a ed., t. III, *Traité du contrat de vente. Traité des retraits. Traité du contrat de constitution de rente*, Paris, 1861, p. 94, es indiscutida en la doctrina científica francesa. Cfr., así, DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, t. III, Paris, 1819, p. 381 (nota 1 a página 47); DEMANTE, *Cours analytique de Code Civil, continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE*, t. VII, *Traité de la vente et du louage*, arts. 1582-1831, Paris, 1873; p. 110; DURANTON, *Cours de Droit civil suivant le Code français*, t. IX, 4.^a ed., Bruxelles, 1841, pp. 122-123; TOULLIERS, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. VI, *Continuation* (arts. 1582 y ss.), por J. B. DUVERGIER, t. I, Paris, 1835, pp. 497-498; TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente, De la vente ou commentaire du titre VI du Libre III du Code Napoléon*, t. II, Paris, 1856, pp. 27-28; cfr., en el mismo sentido, si bien más recientemente, AUBRY y RAU, *Droit civil français*, vol. V, 6.^a ed., por P. ESMAIN, Paris, 1952, p. 81; GUILLIOUARD, L., *Traité de la vente et de l'échange, Libre III, titres VI et VII du Code Civil*, t. 1.^o, arts. 1502-1649, 3.^a ed., Paris, 1902, p. 474.

Hay que constatar que la jurisprudencia francesa sigue fiel al tenor del *Code*, y no ha caído en la tentación de modificar la solución en él consagrado, distinguiendo entre unos vicios redhibitorios, que, en razón de su gravedad, autorizarían a demandar, bien la rescisión del contrato, bien la mera reducción del precio. Se mantiene la idea de que el art. 1641 del *Code* contiene una definición unitaria del vicio redhibitorio, siendo facultad del comprador elegir qué acción edilicia le conviene ejercitar. El comprador no tiene por qué fundamentar

Una interpretación conjunta de los artículos 1641 y 1644 del *Code Napoléon* lleva a la sorprendente conclusión de que podrá ejercitarse

la elección que haga. *Cfr. Cass.civ.* (Sala Primera) 11 junio 1980, *Bull.*, 1980, I, núm. 185, p. 150; *Cass.civ.* (Sala Primera) 5 mayo 1982, *Bull.*, 1982, I, núm. 163, p. 145. La opción realizada por el comprador vincula al juez, que no puede alterarla. *Cass.civ.* (Sala Primera) 22 noviembre 1988, *D.*, 1988, *IR*, p. 295, dice, así, que si el comprador ejercita la acción redhibitoria, la corte de apelación no puede decidir el litigio fallando una reducción proporcional del precio, en vez de la rescisión del contrato, ya que, en ningún momento se ejercitó la acción estimatoria. La opción no se supedita a que el vicio no sea reparable (*cfr.*, p. ej., *GUILLIARD, Traité*, cit., t. I, pp. 442-443), salvo que pueda ser subsanado con reparaciones de poca importancia en relación con el valor de la cosa, ya que, en este caso, el vicio en cuestión no será grave (*cfr. BAUDRY-LACANTINERIE, G/SAIGNAT, Léon, Traité théorique et pratique de Droit civil, De la vente et de l'échange*, 3.^a ed., París, 1908, pp. 424-425). El hecho de que el comprador haya realizado intervenciones sobre la cosa tendentes a hacer desaparecer sus defectos no le impide después ejercitar la acción redhibitoria. *Cass.civ.* (Sala Tercera) 17 febrero 1988, *Bull.*, III, núm. 38, p. 21. El ofrecimiento del vendedor de reparar la cosa vendida defectuosa no elimina la opción que el *Code* reconoce al comprador, por lo que éste puede siempre ejercitar la acción redhibitoria. Así resulta de *Cass.civ.* (Sala Primera) 23 mayo 1995, *Bull.*, 1995, I, núm. 216, p. 153, que confirmó la sentencia recurrida, la cual había estimado la demanda, en la que el comprador de un automóvil de segunda mano con vicios ocultos (corrosión) había ejercitado la acción redhibitoria. Dice el fallo que no obsta al éxito de la acción el ofrecimiento del vendedor de reparar los defectos invocados ni siquiera aunque el coste de la reparación de dichos defectos fuera módico. Sin embargo, obviamente, no se debe la garantía si el vendedor, con el consentimiento del comprador, ha llegado a reparar efectivamente la cosa vendida, de modo que ésta ha llegado a ser útil para el uso a que se destina. *Cfr. Cass.civ.* (Sala Primera) 2 diciembre 1997, *Bull.*, I, núm. 351, p. 237. No ha prosperado, pues, la tesis sugerida por *TOULLIER/DUVERGIER, Le Droit*, cit., t. VI, pp. 490-491, de que si el vendedor ofrecía la reparación, corriendo con los gastos, no habría lugar para el ejercicio de la acción redhibitoria.

Es aislada la tesis sustentada por *Cass.com.* 6 marzo 1990, *Bull.*, 1990, IV, núm. 75, p. 51, que conoció un caso de enajenación de un establecimiento comercial, cuya rentabilidad era inferior a la esperada, debido que en el acto de venta se habían consignado datos inexactos sobre el volumen de negocios de los tres últimos años. Los compradores habían ejercitado, principalmente, la acción redhibitoria y, subsidiariamente, la *quanti minoris*. La sentencia recurrida había considerado que en el vicio denunciado no concurría la gravedad necesaria para dar lugar a la redhibición solicitada, pero sí la suficiente para que tuviera lugar la reducción del precio, por lo que desestimó la acción redhibitoria y estimó la *quanti minoris*. Con toda razón, la vendedora recurrió, alegando que las acciones edilicias están sujetas a los mismos requisitos, por lo que una de dos: o hay vicio redhibitorio, en cuyo caso el comprador debe optar por una de dichas acciones al tiempo de la interposición de la demanda; o, por el contrario, no hay vicio redhibitorio, en cuyo caso el comprador ni podrá ejercitar la redhibitoria, ni la estimatoria. La Corte de casación desestimó tal argumentación, que, sin duda, era plenamente ajustada al tenor y al espíritu del *Code*. Dice, así, que la Corte de apelación puede legítimamente apreciar que el vicio invocado «n'est pas de nature à justifier la demande en résolution de vente mais est suffisamment grave pour justifier une diminution du prix».

La jurisprudencia gala admite que el vendedor puede cambiar la acción ejercitada mientras no haya recaído sentencia con fuerza de cosa juzgada, y siempre que el vendedor no se hubiera aquietado a la demanda. En tal sentido se orienta *Cass.com.* 22 julio 1953, *D.* 1953, p. 587, que admite que el comprador de un automóvil, que, en primera instancia, había ejercitado la acción estimatoria, cambie dicha acción por la estimatoria en apelación, porque ello no supone el ejercicio de una nueva demanda y no es más que el ejercicio, bajo otra forma, de un mismo derecho, ya que las dos acciones tienen la misma causa y se refieren al mismo objeto. La misma solución consagra, expresamente, *Cass.civ.* (Sala Segunda) 11 julio 1974, *Bull.*, 1974, II, núm. 231, p. 193; e, implícitamente, *Cass.com.* 6 marzo 1990, *Bull.*, 1990, IV, núm. 75, p. 51. Lyon 6 marzo 1989, *D.*, 1989, *IR*, p. 127, admite, expresamente, que el cambio de acción se ejercite en la misma instancia, habiendo el vendedor sustituido la acción redhibitoria por la estimatoria, después de haber revendido el negocio al que afectaban los vicios ocultos. El vicio en cuestión afectaba a un negocio rela-

se la acción redhibitoria cuando en la cosa concurra cualquier pequeño defecto que disminuya su uso⁸, ya que es razonable presumir que, de haberlo conocido el comprador, éste habría pagado menos precio por ella⁹.

Me parece, por consiguiente, inevitable hablar de una falta de armonía entre ambos preceptos¹⁰, la cual se pone de manifiesto, si

tivo a un bar-restaurante-hotel-discoteca, en el cual, según la común voluntad de las partes, podían ser consumidas bebidas alcohólicas, tanto en el bar, como en la discoteca. Sin embargo, las disposiciones administrativas no permitían el consumo de bebidas alcohólicas en ambos lugares simultáneamente.

La posibilidad de que el comprador pudiera cambiar la acción en el curso del procedimiento había sido ya expuesta por un sector de la doctrina del siglo XIX. TROPLONG, *Le droit*, cit., t. II, p. 46, lacónicamente, afirma que el ejercicio de una de las dos acciones excluye la de la otra. TOULLIER/DUVERGIER, *Le Droit*, cit., t. VI, p. 510, se limitan decir que la sentencia que desestima una acción edilicia tiene autoridad de cosa juzgada por lo que queda cerrada la posibilidad de interponer la otra acción. Sin embargo, GUILLOUARD, *Traité*, cit., t. I, pp. 476-477, afirma que, si el comprador ejercita una de las acciones edilicias y ésta es rechazada, no podrá ejercitar la otra, pero sí podrá cambiar la pretensión originaria durante el procedimiento, si el defecto se agrava y el comprador se apercibe de que el defecto hace la cosa imprópria para el uso a que se la destina. Comparten la misma orientación: BAUDRY-LACANTINERIE /SAIGNAT, *De la vente*, cit., p. 451.

⁸ Es por ello, que la doctrina francesa, desde tiempos tempranos ha debido corregir el tenor del art. 1641 del *Code*, subordinando el ejercicio de las acciones edilicias al denominado requisito de la gravedad de los vicios ocultos, requisito éste, que es un expediente práctico para desestimar demandas en las que se alegan vicios, que aun teniendo encaje en el tenor del precepto, son de escasa entidad. Ya TROPLONG, *Le droit*, cit., t. II, p. 27, exige que los defectos han de ser esenciales». Más tardíamente, BAUDRY-LACANTINERIE /SAIGNAT, *De la vente*, cit., p. 424, observan que es necesario que las utilidades de la cosa queden notablemente disminuidas: «une diminution légère ne suffirait pas, encore moins la perte d'un «agrément». Lo mismo COLIN/CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. II, 9.^e ed. por L. JULLIOT DE LAMORANDIÈRE, Paris, 1942, p. 619, «Un défaut insignifiant serait sans effet». Más radical es FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, ed. por L. JOSSERAND, t. V, arts. 1387-1707, Paris, 1940, p. 567, quien predica el requisito de la gravedad, pero corrige el tenor del precepto. Dice, así, que sólo habrá vicio oculto cuando éste haga el objeto inutilizable; no, en cambio, si simplemente, disminuye el uso.

⁹ Un sector de la doctrina científica gala ha tratado de explicar la tipificación unitaria de los vicios ocultos desde un planteamiento puramente procesal, cual es el de evitar la prueba de si, dado un defecto, el comprador habría optado por no adquirir la cosa o por pagar menos precio por ella. Así, TOULLIER/DUVERGIER, *Le Droit*, cit., t. VI, pp. 497-498, se felicitan porque el legislador haya establecido la regla absoluta de que es elección del comprador demandar la redhibición o la reducción del precio, ya que, de este modo, se han prevento contestaciones que habrían surgido frecuentemente en torno a la cuestión de saber hasta qué punto la voluntad de adquirir habría sido modificada por el conocimiento de los defectos de la cosa. La misma idea encontramos en otros autores posteriores como GUILLOUARD, *Traité*, cit., t. I, p. 474, o LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XXIV, 3.^a ed., Bruxelles-París, 1878, p. 286. La argumentación empleada no deja de presentar flancos a la crítica, porque, de ser cierta, no se comprendería por qué el Código civil, distingue, por ejemplo, entre un error esencial o no esencial, según que el mismo recaiga, o no, sobre una cualidad de la cosa que sea la causa impulsiva de la celebración del contrato; o entre un dolo causal o meramente incidental, según que el mismo sea determinante de la celebración del contrato, o solamente, influya en las condiciones contractuales estipuladas. ¿Cómo valorar estas circunstancias? ¿No debiera dejarse al contratante que sufrió el vicio la posibilidad de decidir si prefiere conservar la validez del contrato?

¹⁰ Observaba MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'État*, t. III, 2.^a ed., Paris, 1807, pp. 394-396, con tono crítico, que el art. 1641 del *Code* «met ensemble l'action redhibitoire et celle "quanti minoris"»; parce qu'en effet ce n'est

se compara la regulación que de ellos dimana con la que resulta del 1638 del *Code*¹¹.

Esta norma, al regular el saneamiento por gravámenes ocultos, sólo permite demandar la rescisión del contrato cuando la finca vendida se hallare gravada por una servidumbre no aparente, de tal importancia, que, de haberla conocido el comprador, no la habría adquirido, aunque dejando siempre a salvo la posibilidad de que aquél prefiera la indemnización correspondiente.

Es, en definitiva, paradójico que cualquier pequeña imperfección de la cosa, que no constituya un gravamen oculto faculte al comprador para pedir la rescisión del contrato al amparo del artículo 1644 del *Code*¹².

que par les circonstances, et suivant le degré de gravité du vice, qu'on peut décider s'il y a lieu à résoudre la vente, ou à diminuer seulement le prix». Sostuvo, así, que sólo cuando el vicio hace la cosa impropia para su uso o es tal, que, de haberlo conocido el comprador no hubiera adquirido la cosa, era justo concederle la opción entre la acción redhibitoria o la estimatoria; pero no, cuando, de haber conocido el vicio, hubiera adquirido igualmente la cosa, aunque hubiese dado menos precio por ella. Consideraba el autor que la solución a la que lleva el juego de los arts. 1641 y 1644 del *Code*, favorecía excesivamente al adquirente y suponía una traba para el comercio. Y concluía: «Je crois que c'est par inattention qu'on n'a pas renouvelé dans notre article cette distinction-là».

¹¹ Del cual procede el art. 1483 del Código civil español.

¹² La doctrina científica gala trata de explicar, en mi opinión, con escaso éxito, el diferente régimen legal en materia de saneamiento por gravámenes y vicios ocultos.

Entiende DELVINCOURT, *Cours*, cit., t. III, p. 381 (nota 1 a página 47), que permitir la redhibición en los casos en que el vicio es tal que el comprador habría pagado menos precio por ella, es algo que parece contradecir el art. 1638 del *Code*. El autor, sin embargo, trata de salvar la contradicción de la siguiente manera. A su juicio, el art. 1641 del *Code* contempla «vicios propiamente dichos», y, dado que existen una infinitud de casos en que se prefiere no tener una cosa defectuosa que tenerla con defectos, se ha debido dejar a elección del comprador la posibilidad de demandar, o no, la redhibición. Por el contrario, en el art. 1638 del *Code* se trata solamente de servidumbres; de ellas puede resultar un menor valor del inmueble, pero, según él, no son un vicio de la cosa; ésta –continúa– puede no ser defectuosa; es posible –añade– que la servidumbre sea tan poco importante, sobre todo en relación con el valor de la cosa vendida, que se pueda presumir que el comprador la habría comprado incluso si la hubiera conocido.

La argumentación no parece muy convincente. Ante todo, surge la duda de qué es lo que debe entenderse por «vicios propiamente dichos». Parece que tales vicios abarcarián los defectos materiales o estructurales de la cosa vendida, en contraposición a otros extrínsecos a la realidad física de la cosa misma, como sería la existencia de una servidumbre oculta sobre el fondo vendido. Esto sentado, parece arbitrario presuponer que los defectos intrínsecos tengan siempre una mayor gravedad que los extrínsecos. El hecho de que la finca vendida esté gravada con una servidumbre no aparente no es un defecto inherente a la cosa, pero puede disminuir sus utilidades en mayor medida, que un defecto puramente estructural o material. De hecho, el autor acaba matizando el tenor del art. 1644 del *Code*, dejando, en última instancia, al juez la facultad de decidir si la venta debe ser realmente «résiliée», con lo que llega una solución que carece de apoyo legal expreso.

DURANTON, *Cours*, cit., t. IX, pp. 122-123, observa que, para el caso de que los vicios sean tales, que el comprador habría comprado la cosa, pero habría dado menos precio por ella, la acción ejercitable debiera ser, exclusivamente, la estimatoria, y no, la redhibitoria. Y, así mismo, apoya esta idea en el art. 1638 del *Code*, que sólo abre la posibilidad de rescindir el contrato cuando la servidumbre es de tal importancia, que hay que presumir que el comprador no habría adquirido el inmueble, si la hubiera conocido, ya que, en otro caso, sólo puede solicitar una disminución del precio. El autor, sin embargo, acaba justificando la

III. LA INFLUENCIA DE DOMAT Y DE POTHIER EN LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES EDILICIAS

En mi opinión, la falta de coordinación entre los artículos 1641 y 1644 del Código civil francés se explica por la circunstancia de que mientras la redacción del primero está inspirado en la doctrina de Domat, el segundo lo está en la de Pothier.

1. La influencia de Domat en la redacción del artículo 1641 del «Code»

La tipificación de los vicios ocultos en el Código civil francés se aparta de la doctrina de Pothier, quien consideraba como «vices cachés», exclusivamente, los contemplados como tales por los usos

solución legal en dos argumentos. El primero de ellos descansa en la idea de que quien vende una cosa con vicios que la hacen imprópria para el uso a que se la destina o que disminuye ese uso, incurre en una falta, porque «il devait mieux la connaître». El segundo argumento parte de la consideración de que la garantía por vicios ocultos se aplica exclusivamente en la venta de muebles, y no en la de inmuebles, donde existe una mayor tendencia al mantenimiento de la validez del contrato.

El primero de los argumentos parece de escasa consistencia, ya que el fundamento de la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos no es la culpa, respondiéndose por el mero hecho objetivo de existir aquéllos. Además de que la idea de que «il devait mieux la connaître» [la cosa que transmite] es predictable, tanto de los vicios ocultos, como de la servidumbres no aparentes. El segundo de los argumentos, en cambio, es más sugerente, pues, aunque el tenor del *Code* permite incardinarse en él las ventas de inmuebles, lo cierto es que históricamente las acciones edilicias fueron pensadas para la venta de muebles (animales y esclavos), de menor valor que los inmuebles (de importancia cardinal en una estructura agrícola), y, siendo aquéllos menos valiosos, la posibilidad de rescisión del contrato plantea menos reparos.

TROPLONG, *Le droit*, cit., t. II, pp. 27-28, observa que hay quienes encuentran extraño que, en el caso de simple disminución del uso de la cosa, el comprador tenga a su disposición la acción redhibitoria, llamando la atención sobre el distinto régimen previsto por el art. 1638 del *Code*. Dice el autor que la diferencia entre ambos preceptos se explica porque la servidumbre no afecta a la cosa, como un vicio intrínseco, no altera esencialmente su calidad, sino que sólo restringe la libertad de la misma; por el contrario, el defecto redhibitorio vicia radicalmente la bondad de la cosa, de tal manera, que no es posible saber si el comprador la habría comprado en el estado de deterioro fundamental en el que se encontraba, si lo hubiera conocido. Se puede decidir, por las circunstancias, si un comprador habría adquirido un inmueble, no obstante, la servidumbre, porque aquí no se trata de calcular el grado de comodidad de la carga. Pero ¿qué juez podrá decidir que el comprador habría comprado un caballo enfermo, un tonel «futé», una viga podrida, si él hubiera conocido esos vicios? ¿No se sabe que basta con que estos vicios sean anunciados para que su comercio se convierta en imposible? ¿Cómo entrar en el pensamiento de los hombres; cómo conocer sus necesidades particulares para imponerle una elección tan onerosa? El error del juez hubiera sido demasiado fácil, y la Ley ha preferido remitirse al libre arbitrio del comprador, más aún desde el momento en que es el vendedor, quien «par sa faute ou son ignorance, a trompé l'acheteur, ne saurait s'en plaindre».

Vuelve, pues, a aparecer aquí la idea de que el vicio redhibitorio es un vicio intrínseco a la cosa misma, mientras que la existencia de una servidumbre en ella es un defecto extrínseco, por lo que merece un tratamiento diverso. No insistiré en la crítica a esta idea que, en mi opinión, minusvalora la importancia práctica que un vicio de carácter jurídico puede tener en orden a frustrar la finalidad lógica pretendida por el comprador con la celebración del contrato.

del lugar de la celebración del contrato: «Pour qu'un vice donne lieu à la garantie, il faut en premier lieu, qu'il soit du nombre de ceux qui, selon l'usage des lieux, passent pour "redhibitoires"». Se refería, así, a enfermedades de caballos y vacas (en particular, a las epidémicas y contagiosas), a la podredumbre de las vigas o a los defectos en la madera de los toneles que comunican mal olor al vino que contienen¹³.

Es evidente que la redacción del artículo 1641 del *Code* no está inspirada en las enseñanzas del jurista de Arlès¹⁴.

El precepto no reserva a los usos locales la función de determinar, en exclusiva, qué vicios son redhibitorios, sino que atiende a los propósitos negociales perseguidos por las partes con la celebración del contrato¹⁵.

¹³ POTHIER, *Oeuvres*, cit., t. III, pp. 85-87.

¹⁴ Esta desviación del art. 1641 del *Code* respecto de la doctrina del jurista de Arlès no pasó desapercibida para la doctrina. Es más, algunos autores que escriben poco después de la publicación del Código civil francés, propugnaron incluso una lectura del precepto conforme a las enseñanzas de POTHIER. Es el caso de DURANTON, *Cours*, cit., t. IX, p. 121, quien exige que el vicio que afecta a la cosa sea alguno de los que, según el uso del lugar de la venta, son reputados redhibitorios. Para justificar esta interpretación del art. 1641 del *Code*, se apoya en el art. 1648 del referido cuerpo legal, el cual establece que las acciones edilicias deberán ejercitarse en un breve plazo, según la naturaleza del vicio y los usos del lugar. Dice el autor: «mais on doit encore observer cet usage, relativement à la "natuere" du vice». Más ponderada es la opinión de TROPPLONG, *Le droit*, cit., t. II, pp. 8-9. Entiende el autor que el art. 1641 del *Code* da una regla general, que no se aplica en los casos especiales de redhibición, que se hallan especialmente previstos y limitados por antiguas costumbres locales o por reglamentos y usos que el legislador ha tenido intención de mantener (se refiere a las ventas de caballos, cerdos y «bêtes à laine ou à cornes»). En estos casos, el autor entiende que, en principio, y siempre que no halla circunstancias particulares, no se admiten más casos redhibitorios que los previstos por las costumbres o los reglamentos, aunque no exclusivamente, que la evolución de la economía deba hacer admitir otros supuestos.

Ahora bien, lo cierto es que, si bien el Código civil francés remite a los usos la fijación del plazo de ejercicio de las acciones edilicias, no hace lo propio respecto de la determinación de los vicios redhibitorios. Lo evidencian TOULLIER/DUVERGIER, *Le Droit*, cit., t. VI, p. 491, que, aun admitiendo el importante papel que los usos y costumbres están llamados a desempeñar en este punto, claramente afirman: «serait méprendre sur la puissance actuelle des usages et des coutumes et l'exagérer, que de considérer leurs nomenclatures comme limitatives et de supposer qu'il n'y a, qu'il ne peut y avoir de vices rédhibitoires que ceux qu'ils ont déclarés tels». Entiende ZACARIAE, *Cours de droit civil français*, ed. a cargo de C. AUBRY y RAU, t. II, Strasbourg, 1839, p. 529, en particular, nota 48, que el Código civil no ha mantenido la autoridad de los usos en lo que concierne a la enumeración taxativa de los vicios redhibitorios, por lo que los tribunales pueden declarar al vendedor responsable de defectos no contemplados en las costumbres, con tal de que los mismos reúnan los requisitos del art. 1641 del *Code*: lo contrario —añade— entrañaría una arbitaria extensión del art. 1648 de *Code*.

¹⁵ Parece que la doctrina de POTHIER era la prevalente en los autores franceses previos a la Codificación, los cuales, a propósito de las ventas de animales, que eran el supuesto típico de aplicación de las acciones edilicias, parecían aceptar como vicios redhibitorios, exclusivamente, los determinados como tales por los usos, a no ser que el vendedor hubiera declarado expresamente que los animales estaban sanos. Para ARGOU, *Institution au droit françois*, 2.ª ed. a cargo de BOUCHER D'ARGIS, t. II, Paris, 1758, p. 245, el vicio de la cosa que no es aparente y que el comprador no puede conocer, resuelve algunas clases de ventas, como la de los caballos, que el vendedor debe garantizar de «morve, poussé o courbatures». Dice COUILLE, Guy, *Institution au droit des françois*, Paris, 1642, p. 486, que el vendedor de caballos no

Permite, así, dar relevancia a todo defecto, que suponga una merma de la utilidad que el comprador razonablemente espera extraer de la cosa que adquiere¹⁶.

está obligado por los vicios de los mismos, salvo en los casos de «morce, poussé o courbaturess», sino cuando los ha vendido «sains (y) nets», en cuyo caso «il est tenus de vices apparenrs (et) non apparenrs», y ello por un plazo de ocho días, a contar desde la entrega, esto, según la antigua ordenanza de la Policía de París. LOISEL, *Institutes coutumieres*, notas a cargo de E. DE LEURIERE, t. II, Paris, 1710, pp. 42-43, expresa la misma idea, pero sin especificar si los vicios han de ser, o no, aparentes. Dice que es la costumbre del Sena y del Bourboneis.

¹⁶ La tipificación de los vicios redhibitorios, contenida en el art. 1641 del *Code*, permite incluir en este concepto legal de «vices cachés» todo supuesto de ausencia en la cosa vendida de las cualidades expresamente pactadas por las partes, de cuya presencia dependa la consecución de la finalidad perseguida por aquéllas con la celebración del contrato.

Por ello, en la obra de DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public, legum delectus*, t. I, Paris, 1766, p. 49, que, como se expone *infra*, en texto, influyó decisivamente en la redacción del art. 1641 del *Code*, aparece clara la identificación de los conceptos de «vicio» y de «ausencia de cualidades expresamente pactadas» por los contratantes: «Si le vendeur a déclaré quelque qualité de la chose vendue, outre celle qu'il doit garantir naturellement, & que cette qualité se trouve manquer, ou que même la chose vendue se trouve avoir des défauts contraires; il faudra juger de l'effet de la déclaration du vendeur, par les circonstances de la conséquence des qualitez qu'il aura exprimées, de la connoissance qu'il pouvoit ou devoit avoir, de la vérité contraire à ce qu'il a dit, de la maniere dont il aura engagé l'acheteur, & sur-tout il faudra considérer si ces qualitez ont fait une condition sans laquelle la vente n'eût pas été faite & selon les circonstances, ou la vente sera résolue, ou le prix diminué, & le vendeur tenu des dommages & intérêts, s'il y en a lieu». Así, por ejemplo, el vendedor de una finca la ha declarado «allodial», y la ha vendido como tal, pero esta heredad se encuentra sujeta a un censo, y el comprador debe pagar laudemio: el vendedor estará obligado a indemnizar al comprador, y, a otras consecuencias, según las circunstancias, incluso aunque hubiera ignorado que la herencia estaba sujeta a un censo.

Por el contrario, POTHIER, *Oeuvres*, cit., t. III, pp. 107-108, diferenciaba netamente los supuestos de «vicio» y de «ausencia de calidad» («resultant des clauses particulières du contrat»), situando esta última hipótesis fuera del ámbito de la redhibición. Afirmaba el jurista de Arlès que, cuando la cosa vendida no es de la calidad expresada en el contrato (p. ej. se dice que «un bois est âgé de dix feuilles» y dicha madera es menos vieja), se deben indemnizar al comprador daños y perjuicios, consistentes en una disminución de precio, tanto si el vendedor sabía que la cosa no tenía la calidad declarada en el contrato, como si no. Excepcionalmente admitía otros remedios jurídicos. Decía, así: «Quelquefois l'acheteur peut être fondé à demander la rescission du contrat, s'il paraît, par les circonstances, que la qualité fût telle qu'il n'aurait pas acheté, s'il eût su que la chose n'eût pas cette qualité». Ponía el ejemplo de una heredad vendida como sujeta a censo, cuando, en realidad, «se trouve en lieff». En todo caso, subrayaba que las cualidades expresadas en el contrato habían de ser ciertas y determinadas. La expresión de cualidades vagas no daba lugar a ninguna obligación. Por ejemplo, si en el contrato se califica la casa vendida como «belle maison», por fea que sea, el comprador, que podía haberla visto, nada podrá reclamar.

Ahora bien, la contrapetición entre los conceptos de «vicio» y de «ausencia de calidad», que realiza POTHIER, sólo se comprende si se tiene en cuenta que el jurista de Arlès propugnaba un concepto objetivo de los vicios redhibitorios, reconociendo, exclusivamente, los recogidos como tales en los usos del lugar de la celebración del contrato. De modo que no podían ser reconducidos a dicho concepto aquellos defectos no contemplados en los referidos usos locales, aunque tales defectos implicaran la ausencia de cualidades expresamente pactadas en el contrato. No sucede lo mismo con el concepto de vicio redhibitorio expresado en el art. 1641 del *Code Napoléon*, en el cual pueden subsumirse todos los supuestos de ausencia en la cosa vendida de las cualidades presupuestadas por las partes en orden a la consecución de la finalidad pretendida con la celebración del contrato.

Así, en TROPLONG, *Le droit*, cit., t. II, p. 4, aparece claramente la idea de que el vicio redhibitorio no es sino la falta de una calidad presupuesta en el contrato, por lo que hace equivalentes las nociiones de «defecto» y de «falta de calidad»: «En fin, une dernière condition est imposée

¿Cuál es entonces la fuente de inspiración del art. 1641 del *Code*?

au vendeur (...) Il y a dans la chose vendue autre chose qu'un droit de propriété, autre chose que la liberté et l'affranchissement de toute charge; il y a encore des qualités qui le rendent plus ou moins propre au but que l'acheteur s'est proposé. La bonne foi exigeait donc que le vendeur fût garant de ces qualités essentielles, sans lesquelles l'objet acheté n'est le plus souvent qu'une chose sans valeur». La misma idea reitera el ilustre autor en la página 15, al tratar de la tipificación legal del vicio redhibitorio operada por el *Code*, y, más concretamente, de la exigencia de que el vicio no sea aparente, afirmando lo siguiente: «vient l'étendre à défaut de qualité de la chose vendue». Y se refiere al clásico supuesto de la compra de cuadro falso, siendo de destacar que, a diferencia de otros autores, no excluye que la falta de autoría de un cuadro pueda ser considerado un vicio encuadable en el art. 1641 del *Code*, si bien acaba negando al comprador la protección de las acciones edilicias con el curioso argumento de que no se trata de un defecto oculto. Dice, así, que la cualidad, más o menos preciosa, que da a un cuadro el nombre y el talento del autor no es una cualidad oculta; los expertos saben reconocer si el cuadro es, o no, original, por lo que el comprador puede evitar todo error recurriendo a un dictamen.

Por las razones expuestas, creo que ha de enjuiciarse negativamente la actual orientación de la jurisprudencia francesa, la cual, arbitrariamente, diferencia los conceptos de «vicio redhibitorio» y de «ausencia de calidad». El vicio redhibitorio se identifica con aquéllos defectos que hacen la cosa imprópria para el uso a que habitualmente se la destina en tráfico. Por el contrario, la ausencia en la cosa vendida de una cualidad especialmente tenida en cuenta por las partes se califica como un supuesto de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega («non conformité»). De esta clasificación se extraen importantes consecuencias: si la cosa es inútil para su normal destino, el comprador sólo puede acudir a las acciones edilicias, mientras que si es inútil para alcanzar una específica finalidad pretendida por las partes, se admite la posibilidad de acudir a las acciones generales de incumplimiento, las cuales no están sujetas al breve plazo previsto por el art. 1648 del *Code*.

En realidad, esta discutible posición hay que entenderla en el contexto del tormentoso problema de la coordinación entre las acciones edilicias y las acciones de incumplimiento, problema éste, que, a mi entender, nunca ha sido satisfactoriamente resuelto por la jurisprudencia gala, habiendo dado lugar a orientaciones contrapuestas entre sí, principalmente en el seno de la Sala Primera de la Corte de Casación.

Según una orientación jurisprudencial, más antigua, los defectos que hacen la cosa imprópria para el uso a que se la destina, no sólo son vicios redhibitorios, sino que también constituyen un supuesto de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, obligación que sólo se cumple correctamente cuando el vendedor pone en poder y disposición del comprador una cosa apta para su normal destino. No haciéndolo así, el comprador podrá optar por el ejercicio de las acciones edilicias o por el de las generales de incumplimiento del art. 1184 del *Code*, acciones éstas últimas, que presentan la ventaja de que no están sujetas al breve plazo del art. 1648 del *Code*. De esta forma se eludía la aplicación de este precepto, que, con frecuencia, constituye un escollo procesal insalvable que impide hacer efectiva la protección del adquirente del bien defectuoso. Tal orientación jurisprudencial, implícitamente aceptada por *Cass.civ.* (Pleno) 7 febrero 1986, *D.* 1986, p. 293, es claramente expresada por *Cass.civ.* (Sala Primera) 14 febrero 1989, *Bull.*, 1989, I, núm. 84, p. 54: «Il résulte des articles 1603 et 1184 du Code civil que l'obligation de délivrance de nature à entraîner, en cas d'inexécution, la résolution de la vente implique non seulement la délivrance de la chose, mais celle d'une chose conforme à sa destination». La sentencia estima la demanda de resolución de los compradores de una embarcación de placer, la cual tenía graves averías en la batería y una vía de agua. Igualmente explícita es *Cass.civ.* (Sala Primera) 20 marzo 1989, *Bull.*, 1989, I, núm. 140, p. 93, cuando afirma que la obligación de entrega exige poner en poder y disposición del comprador, no sólo la cosa vendida, sino también «une chose qui correspond en tous points au but par lui recherché. Confirme, así, la sentencia recurrida, que había estimado la demanda de resolución de un contrato de compra de un aparato destinado a permitir la máxima utilización de una máquina de café de un restaurante, porque el mismo era impróprio para el uso a que se destinaba. Otras sentencias siguieron en la misma línea, permitiendo que prosperaran acciones generales de incumplimiento, ejercitadas por los compradores de bienes defectuosos, cuyas demandas se habían rechazado por las respectivas cortes de apelación, al considerar éstas los supuestos litigiosos, exclusivamente, como de vicios ocultos y aplicar el art. 1648 del *Code*. *Cass.civ.* (Sala

Sin duda, la doctrina de Domat, quien definía los vicios redhibitorios como «ceux qui les rendent absolument inutiles à l'usage

Primera) 13 diciembre 1989, *Bull.*, 1989, I, núm. 393, p. 264, casó la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda de resolución del contrato de compra de un automóvil nuevo, el cual había sufrido numerosas averías. *Cass.civ.* (Sala primera) 29 enero 1991, *Bull.*, 1991, núm. 41, p. 25, casó también la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda de indemnización de daños y perjuicios, presentada por el comprador de un tractor, que debido a numerosos fallos mecánicos, había quedado, de hecho, inmovilizado.

Según otra orientación jurisprudencial, hoy prevalente, los defectos que hacen la cosa imprópria para el uso a que se destina constituyen solamente un vicio redhibitorio: quien pone en poder y disposición del comprador una cosa defectuosa no incumple la obligación de entrega, sino la de garantía, por lo que las únicas acciones ejercitables son las edilicias, y ello, en el breve plazo del art. 1648 del *Code*. *Cass.civ.* (Sala Primera) 5 mayo 1993, *D.*, 1993, p. 506, da un giro radical, apartándose de lo que parecía una orientación jurisprudencial firmemente asentada en la Sala Primera. El fallo confirma la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda indemnizatoria interpuesta por los compradores de una partida de tejas defectuosas, por entender que los defectos invocados eran vicios redhibitorios que debían hacerse valer en el breve plazo de caducidad previsto para el ejercicio de las acciones edilicias. Los compradores habían fundamentado el recurso en los siguientes argumentos: que el vendedor había incumplido su obligación de entrega al suministrar una cosa defectuosa («non conformité»); que la sentencia recurrida había violado el art. 1603 del *Code*, al limitar la obligación de entrega «aux spécificités contractuellement prévues entre les parties»; que el comprador de una cosa defectuosa podía elegir entre ejercitarse las acciones edilicias o las generales de incumplimiento. La casación rechaza dichos argumentos, sosteniendo ahora que los defectos de la cosa vendida que la hacen imprópria para el uso al que se la destina no dan lugar a un supuesto de «non conformité» (y, por ende, a una hipótesis de incumplimiento de la obligación de entrega): han de ser considerados simples vicios redhibitorios, por lo que el comprador no puede ejercitarse las acciones generales de incumplimiento, sino, exclusivamente, las acciones edilicias en el breve plazo del art. 1648 del *Code*. Dice, así: «Les vices cachés, lesquels se définissent comme un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale, ne donnent pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle, mais à une garantie dont les modalités sont fixées par les art. 1641 s. c.civ.». La misma doctrina es confirmada por otros fallos posteriores, que, inexorablemente, han rechazado las demandas en que los compradores de cosas viciosas ejercitaban acciones generales de incumplimiento. Los fallos se basan siempre en el mismo razonamiento: la existencia en la cosa vendida de un defecto que la hace imprópria para su normal destino no es un supuesto de «non conformité», sino de vicio redhibitorio, sujeto a la disciplina de los arts. 1461 y ss. del *Code*, y, en particular, al art. 1648 de dicho cuerpo legal. *Cfr.*, así: *Cass.civ.* (Sala Primera) 16 junio 1993, *Bull.*, I, 1993, núm. 224, p. 155 (automóvil de segunda mano, que había recorrido el doble de kms. de los que figuraba en el cuentakilómetros y había sufrido varios accidentes, que, a juicio de un dictamen pericial solicitado por el comprador, dejaba el motor fuera de servicio); *Cass.civ.* (Sala Primera) 27 octubre 1993, *Bull.*, I, 1993, núm. 305, p. 210 (calentador eléctrico, que presentaba en su interior una fisura proveniente de un defecto de montaje); *Cass.civ.* (Sala Primera) 8 diciembre 1993, *Bull.*, 1993, I, núm. 362, p. 252 (furgoneta defectuosa); *Cass.civ.* (Sala Primera) 4 julio 1995, *Bull.*, 1995, I, núm. 302, p. 211 (automóvil nuevo, con defecto en la pintura y herrumbre en el maletero); *Cass.civ.* (Sala Primera) 14 mayo 1996, *JCP*, 1997, ed. G., I, 4009, p. 140 (lote de tejas, cuyos defectos de fabricación dieron lugar a roturas y exfoliaciones en el tejado en el que habían sido usadas).

¿Que valoración merece la evolución jurisprudencial expuesta? Por de pronto, es evidente que se ha acabado con la dualidad de doctrinas, que sobre el punto que nos ocupa, existía con la otra Sala Tercera de la Corte Suprema, que, a diferencia de la Primera, nunca acogió la tesis de la compatibilidad de las acciones edilicias con las generales de incumplimiento. Es significativa *Cass.civ.* (Sala Tercera) 27 marzo 1991, *Bull.*, 1991, III, núm. 107, p. 61. En el origen de la litis se halla la venta de una partida de tejas para cubrir un pabellón en construcción, tejas que estaban agrietadas, por lo que terminaron rompiéndose. La compradora recurrió la sentencia de la corte de apelación, que había desestimado su demanda en virtud del art. 1648 del *Code*, alegando que dicho precepto era inaplicable al supuesto de hecho litigioso, dado que el vendedor había faltado a su obligación de entregar tejas conforme a su normal destino. La Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida, por entender que las tejas presentaban un vicio

pour lequel elles sont en commerce, ou qui diminuent tellement cet usage, ou le rendent si incommodé, que s'ils avoient été connus à

oculto, pero «leur qualité et leur nature étaient conformes au contrat». La misma idea expone *Cass.civ.* (Sala Tercera) 23 octubre 1991 *Bull.*, 1991, III, núm. 249. En el origen de la litis se encuentra la venta de una casa, en cuya terraza del garaje surgieron fugas de agua. Los compradores demandaron a la entidad vendedora, que, a su vez, ejercitó la «action récuroire» contra la sociedad fabricante de los materiales empleados para impermeabilizar la terraza. La Corte Suprema de casación entendió que los defectos de los materiales suministrados eran un mero supuesto de vicios ocultos, pero «leur qualité et leur nature étaient conformes au contrat», aplicando, en consecuencia el art. 1648 del *Code*, y entendiendo que había expirado el breve plazo que para el ejercicio de las acciones edilicias prevé el precepto. La misma doctrina se mantiene a otros fallos posteriores a la emblemática sentencia de la *Cass.civ.* (Sala Primera) 5 mayo 1993, *D.*, 1993, p. 506, donde se reitera la tesis de que los defectos que hacen la cosa vendida inhábil para su normal destino son meros vicios ocultos, desestimándose la demanda del comprador por aplicación del art. 1648 del *Code*. *Cfr.*, así, *Cass.civ.* (Sala Tercera) 28 junio 1995, *Bull.*, 1995, III, núm. 162, p. 109 (revestimiento de muro de vivienda defectuoso a causa de su extrema sensibilidad al agua); *Cass.civ.* (Sala Tercera) 4 octubre 1995, *Bull.*, 1995, III, núm. 216, p. 145 (inmueble con graves defectos que lo hacían inhabitable); *Cass.civ.* (Sala Tercera) 24 enero 1996, *Bull.*, 1996, III, núm. 27, p. 18 (inmueble que, por su humedad, resultaba insalubre y, por ende, inapto para ser habitado); *Cass.civ.* (Sala Tercera) 14 febrero 1996, *Bull.*, 1996, III, núm. 47, p. 32 (bordillos de acera que saltaban, al no ofrecer una resistencia suficiente a los cambios climáticos); *Cass.civ.* (Sala Tercera) 20 marzo 1996, *D.*, 1996, *inf.rap.*, p. 104 (plaza de garaje inutilizable a consecuencia de una rampa de hormigón). *Cass.civ.* (Sala Tercera) 24 febrero 1999, *D.*, 1999, *IR*, p. 92, anuló la sentencia recurrida, que para estimar la demanda de resolución, presentada por los adquirentes de un terreno que a causa de un talud lindante era inapto para la construcción, calificó el supuesto de «non conformité», cuando, en realidad, según la casación, era de vicios ocultos.

La unificación es completa, si se tienen en cuenta la evolución sufrida en la Sala mercantil de la Corte de Casación, que se había sumado a la anterior doctrina de la Sala Primera. Así, *Cass.com.* 22 mayo 1991, *Bull.*, 1991, IV, núm. 176, p. 126, casó la sentencia recurrida, que había desestimado la demanda resolutoria presentada por el comprador de una partida de lino inhábil para su normal destino, a causa del propileno que contenía. Más clara es *Cass.com.* 18 febrero 1992, *Bull.*, 1992, IV, núm. 82, p. 59, que casó la sentencia recurrida, la cual había desestimado la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios presentada por el comprador de un puente elevador instalado por el propio vendedor, que resultó inutilizable por razón de su caída. La Corte Suprema consideró que el fallo de la corte de apelación, conforme al cual el comprador sólo podía ejercitar las acciones edilicias por vicios ocultos en el breve plazo del art. 1648 del *Code*, no ha tenido en cuenta que el vendedor está obligado a entregar una cosa conforme al uso al que está destinada. Es clara también *Cass.com.* 1 diciembre 1992, *Bull.*, 1992, IV, núm. 389: «Le vendeur est tenu de délivrer une chose conforme à l'usage auquel est destinée». Casó, así, la sentencia recurrida, la cual había desestimado la demanda de resolución del comprador, al entender que la entrega de una automática destinada a la fabricación y distribución de «portions de frites», que producía malos olores, insopportables para los vecinos, no era un supuesto de «non conformité», sino, exclusivamente, de vicios ocultos. En la actualidad, la Sala mercantil de la Corte de Casación se ha adherido a la nueva orientación jurisprudencial imperante en las Salas Primera y Tercera de lo civil. Así, *Cass.com.* 26 abril 1994, *Bull.*, 1994, IV, núm. 159, p. 126, acoge la tesis de que «Le défaut de la chose vendue la rendant impropre à l'usage auquel elle est destinée constitue le vice prévu par les articles 1641 et suivants du Code civil». En el mismo sentido se pronuncia *Cass.com.* 31 mayo 1994, *Bull.*, 1994, IV, núm. 199, p. 159, que casó la sentencia recurrida, la cual había estimado la demanda de resolución presentada por la compradora de una máquina con defectos de fabricación que la hacían impropias para el uso al que se la desatinaba: «Les défauts rendant la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée constituent les vices cachés de la chose vendue», con lo que las acciones ejercitables son, exclusivamente, las edilicias en el breve plazo del art. 1648 del *Code*. *Cass.com.* 17 diciembre 1996, *D.* 1997, 337, tras distinguir los supuestos de vicios ocultos y de «non conformité» casó, por falta de fundamentación jurídica, el fallo que había estimado la demanda de resolución del contrato de compraventa, a pesar de haber calificado como vicio oculto el que afectaba a unos platos de barro, que se rompián al ser metidos en el horno.

l'acheteur, il n'auroit point acheté du tout, ou n'auroit acheté qu'à un moindre prix»¹⁷.

Dejando aparte el juicio positivo que merece una unificación jurisprudencial en un tema tan cardinal del Derecho de la contratación, lo cierto es que la moderna orientación no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias. Con el fin de conservar un último recurso para evitar la aplicación del breve plazo que el art. 1648 del *Code* establece para el ejercicio de las acciones edilicias, se ha acudido al artificio de distinguir entre «vices cachés» y «non conformité», según que los defectos hagan la cosa inútil para su normal destino o, por el contrario, para el específicamente previsto por las partes. Distinción ésta, que parece ilógica, ya que no se comprende por qué ha de tratarse diferenciadamente ambos supuestos, privilegiándose al comprador que adquiere la cosa para extraer de ella una utilidad, que no es la común en el tráfico jurídico. No vale el argumento de que en este caso hay una específica estipulación, que resulta incumplida por la entrega de una cosa que no reúne las cualidades pactadas, ya que, si las partes no estipulan que la cosa sea útil para su destino habitual es, simplemente, porque sobrenienden que lo será. La diferencia entre unos defectos, que son meramente redhibitorios (y, que, por ende, dan lugar al ejercicio de las acciones edilicias), y otros, que dan lugar a un supuesto de no conformidad (que autoriza al comprador a ejercitarse las acciones generales de incumplimiento) aparece claramente en *Cass.civ.* (Sala Primera) 5 noviembre 1996, *JCP*, 1997, II, 22872, p. 314, la cual, casando la sentencia recurrida, estimó la demanda resolutoria de un comprador de un automóvil de segunda mano, por considerar que los defectos denunciados no eran meros vicios redhibitorios (como había estimado la corte de apelación), sino un supuesto de «non conformité». Observa la Casación que el vendedor, que se había obligado a suministrar un coche de la marca «Volkswagen», entregó un vehículo resultante de un ensamblaje de los restos de un coche accidentado con una carrocería, cuyo número de serie de origen había sido ocultado; de donde deduce un supuesto de «non conformité». Afirma, así, que «un tel véhicule ne correspondait en rien aux spécifications convenues entre les parties». *Cass.civ.* (Sala Primera) 17 junio 1997, *Bull.*, I, núm. 205, p. 136, consideró un supuesto de «non conformité» la entrega de un revestimiento defectuoso, porque éste no se ajustaba a las especificaciones del pedido, siendo inútil para el destino contractualmente definido por las partes, al no poder servir para cubrir los muros exteriores de una casa. En consecuencia, se desestima el recurso de la vendedora, que alegaba que el defecto en cuestión era un vicio oculto, por lo que las únicas acciones ejercitables por el comprador eran las edilicias (que ya habían caducado). Esto es, se fundamenta el recurso en la nueva doctrina de la Sala Primera, según la cual la entrega de una cosa inhábil para el uso al que se destina no es una hipótesis de incumplimiento de la obligación de entrega, sino de vicios redhibitorios. Pero sorprendentemente, la Corte de Casación no acoge ahora esta argumentación, razonando que las partes habían pactado expresamente que el destino del revestimiento era el de ser utilizado en la fachada de la casa, y, no siendo ello posible, existía un supuesto de no conformidad. Concluye, así, que el vendedor había faltado a su obligación de entregar un producto, conforme «aux spécifications de la commande». El fallo es sorprendente, porque en un supuesto similar, la Sala Tercera (con la que, al menos teóricamente, ahora parece coincidir la Primera), estimó que la entrega de un revestimiento de muro de vivienda defectuoso, a causa de su extrema sensibilidad al agua, no era un supuesto de «non conformité», sino de vicios ocultos. *Cfr. Cass.civ.* (Sala Tercera) 28 junio 1995, *Bull.*, 1995, III, núm. 162, p. 109. *Cass.civ.* (Sala Primera) 17 junio 1997, *Bull.*, I, núm. 205, p. 137, también calificó como un supuesto de «non conformité» la entrega de un vehículo, que no podía ser adecuadamente acondicionado para el transporte de personas discapacitadas, finalidad ésta, para cuya consecución un taxista había celebrado un contrato de arrendamiento con opción de compra. La sentencia recurrida había acogido la demanda resolutoria presentada por el comprador, ante lo cual la vendedora invocó la actual doctrina jurisprudencial, según la cual los defectos que hacen la cosa vendida imprópria para su normal destino son vicios ocultos *ex art. 1641 del Code*, precepto que constituye el único fundamento posible de la acción ejercitada contra el vendedor. La Casación desestimó, no obstante, el recurso, afirmando estar en presencia de un supuesto de «non conformité», al existir una «utilisation conventionnellement prévue par les parties», cual era el destino del vehículo a transporte de discapacitados. *Cass.civ.* (Sala Primera) 29 mayo 1996, *D.*, 1997, *somm.*, p. 346, calificó, como un supuesto de «non conformité» la entrega de un vehículo, que había sido robado, y cuya tarjeta gris había sido falsificada.

¹⁷ DOMAT, *Les lois*, t. I, p. 48.

Obsérvese la coincidencia, casi literal, entre el tenor del precepto y el pasaje transcrto¹⁸.

2. La influencia de Pothier en la redacción del artículo 1644 del «Code»

Paradójicamente, el artículo 1644 del *Code* sí es fiel heredero de la doctrina de Pothier, para quien la acción *quanti minoris* podía ejercitarse «pour raison des vices redhibitoires», esto es, cuando en la cosa vendida concurriera un vicio, que, conforme a los usos locales, fuera redhibitorio. El jurista de Arlès concebía la acción estimatoria como un remedio jurídico que se concedía al comprador para pedir la reducción del precio, en los mismos casos en que los usos le autorizaban para demandar la rescisión del contrato. No establecía una gradación entre los diversos defectos de la cosa vendida, sino que consideraba que el supuesto de hecho de las acciones edilicias era unitario. No contemplaba, en definitiva, vicios de escasa entidad, que pudieran dar lugar al ejercicio de la acción estimatoria, pero no al de la redhibitoria¹⁹.

La construcción de Pothier es coherente con un planteamiento restrictivo del ámbito de relevancia de los vicios ocultos, que trata de proteger al máximo la seguridad jurídica en la constatación, haciendo recaer en el comprador el riesgo de que la cosa que adquiere adolezca de pequeños defectos (*de minimis, praetor non curat*).

Pero tal planteamiento no es el que está en la base del artículo 1641 del *Code*, que proporciona un concepto muy amplio de vicio oculto, dentro del cual es posible subsumir pequeños defectos de la cosa, que disminuyan su uso, de tal modo, que, de haberlos conocido el comprador, habría pagado menos precio por ella.

Dada esta concepción lata del vicio, resulta inapropiado no establecer un supuesto de hecho diferenciado para el ejercicio de las acciones redhibitoria y estimatoria, o, por lo menos, no encargar a la apreciación judicial la decisión de si, ante un determinado defecto de la cosa, procede la rescisión del contrato o la mera reducción del precio²⁰.

¹⁸ La doctrina del jurista determinó algunas soluciones del Código civil francés, muy discutidas, como la inaplicación de las reglas del saneamiento por vicios ocultos en las ventas judiciales (cfr. art. 1649). Para DOMAT, *Les lois*, t. I, p. 50, la redhibición y la disminución del precio no han de tener lugar en las ventas públicas, «qui se font en Justice. Car dans ces ventes ce n'est pas le propriétaire qui vend, mais c'est l'autorité de la Justice, qui tient lieu du vendeur, & qui n'adjuve la chose que telle qu'elle est».

¹⁹ POTHIER, *Oeuvres*, cit., t. III, p. 94.

²⁰ En este sentido se orienta ARGOU, *Institution*, cit., t. II, pp. 246-247, al menos, para los supuestos de ausencia en la cosa vendida de cualidades prometidas por el vendedor: «Lorsque le vendeur d'un immeuble a promis garantir une qualité qui ne se trouve point

Está es, precisamente, la solución que propone Domat, a quien el *Code* debía haber seguido en este punto.

Dice el autor que, como no es posible rescindir el contrato ante cualquier defecto de la cosa vendida, solamente pueden tomarse en consideración aquellos que la hacen absolutamente inútil para el uso al que se la destina en el comercio o que dismuyen este uso, o lo hacen tan incómodo, que, si el comprador los hubiera conocido, no la habría comprado o habría pagado menos precio por ella. Pero, en ningún caso, atribuye al comprador la opción entre ejercitar la acción redhibitoria o estimatoria, sino que encomienda a la autoridad judicial la decisión de si procede la rescisión del contrato o la reducción de precio, en atención a la gravedad de los vicios: «en général, il dépend ou des usages, s'il y en a, ou de la prudence du Juge, de discerner par la qualité des défauts, si la vente doit être résolue, ou le prix diminué, ou s'il ne faut point avoir d'égard au défaut»²¹.

dans la chose vendue, on demande si ce défaut donne lieu à la résolution du contrat, ou seulement à des dommages (et) intérêts. Comme cette question n'a été décidée par aucune loi, elle est très arbitraire, & dépend des diverses circonstances, s'il paraît évidemment que l'acquéreur n'eût pas voulu acheter la chose sans la qualité promise». Y añade: «Il faut néanmoins observer que les Juges penchent toujours à faire valoir le contrat, & se contentent de donner des dommages & intérêts, à moins qu'ils ne voient une fraude noire ou une lesion énorme».

²¹ DOMAT, *Les lois*, t. I, p. 48.

Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos

COVADONGA MARTÍNEZ DE BEDOYA

INTRODUCCIÓN

Ya con el estudio pormenorizado del usufructo de acciones se hizo un llamamiento por parte de la doctrina de mediados del siglo XX, próximo a su fin, para una reforma del Código civil, en lo que toca al usufructo, para adaptarlo a los tiempos en que vivimos, dado que los objetos de usufructo que en el mismo se contemplan: rebaños, montes, minas, etc., son más propios de una sociedad aún poco industrializada en la que la riqueza era fundamentalmente inmobiliaria y de naturaleza agrícola, con excepciones, como es el caso del usufructo de edificios¹.

En la actualidad, la riquezamobiliaria: en acciones, participaciones de fondos de inversión etc., ha cobrado gran protagonismo, al destinarse, una parte importante de los patrimonios familiares, a la inversión en este tipo de bienes.

¹ LARRAZ, J., «El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores», *Revista de Derecho Mercantil* núm. 7, 1947, p. 10, «El usufructo y su derecho son obra principalmente de épocas anteriores al capitalismo moderno en las que predominaba la riqueza inmobiliaria. Por eso, el jurista moderno ha de verse obligado a subsumir, bajo las amplias, genéricas e imprecisas nociones de «sustancia», «forma», «uso» y «fruto», la variedad de fenómenos jurídicos y económicos que comporta, actualmente, el pequeño mundo de un título-acción, producto de una época capitalista en que la riqueza mobiliaria ha sido desarrollada al máximo.» Y en las págs. 49-50 «Evidentemente, el «desideratum» de la materia estudiada es una solución legislativa (...). Parece que no hubiera existido un siglo de incremento y desarrollo progresivos de la riqueza mobiliaria. De ahí que esté por demás justificada la petición de una ley que adicionase alguno o algunos artículos al Código civil, dando contundente y concreta solución a las cuestiones examinadas».

Los problemas que suscitaba el usufructo de acciones se quisieron solucionar con la entrada en vigor del TRLSA, por RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, en el que se han regulado tanto aspectos de legitimación (o de relación entre usufructuario y nudo propietario con la sociedad), como aspectos de las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario. Pero una ley especial, como es la Ley de Sociedades Anónimas, sólo debe regular propiamente las primeras y debe dejar las últimas a la legislación civil²: en el sentido del 149.1.8.^º de la CE, esto es, al Código civil o a las leyes forales en su caso, sólo la inexistencia en dicho Derecho «de normas específicas puede convertir en aceptable su inclusión en la LSA, que al menos ofrece una sede con rango legal. Pero aún así, no debemos perder de vista que se debieran considerar «preceptos civiles» con carácter de complementarios del Código, aunque su sede física sea la LSA»³.

Del mismo modo, la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) y su Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1.393/1990, de 2 de noviembre, (RIIC) no tenían por qué entrar en la regulación detallada del usufructo de participaciones de fondos de inversión, y no lo han hecho, sino que se limitan a afirmar su posibilidad en una declaración genérica en el artículo 41.4 del Reglamento, puesto que la sede normativa adecuada es el propio Código civil.

Por lo tanto, el Código civil⁴ (o las leyes civiles forales, en su caso) debe ser la fuente legal básica en la regulación del derecho real de usufructo, para suplir la falta de determinación de los derechos y obligaciones del usufructuario y nudo propietario en el título constitutivo del mismo, o en pacto posterior entre los mismos.

Se hace necesario regular los aspectos jurídico-materiales que plantea esta institución, pues las normas han ido a regular solamente, en lo que afecta a los partícipes, los aspectos fiscales, a los que se da preponderancia actualmente, desatendiendo cuestiones de fondo, como es regular las peculiaridades que pueden entrañar los derechos reales sobre participaciones de Fondos de Inversión⁵.

² GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre el usufructo de acciones», *ADC* 1952, p. 975, «nos encontramos con una ausencia de normas en el Código civil sobre el usufructo de acciones. Sin duda que este era el momento oportuno de acometer la reforma de los artículos del Código civil que disciplinan el usufructo de títulos valores: respetando la numeración era suficiente con sustituir el artículo 475 con otro más científico que acogiese los supuestos de usufructo sobre títulos valores en general y de acciones en particular». A lo que ahora podemos añadir «Y de participaciones de fondos de inversión».

³ SECO CARO, E., «El Usufructo de Acciones de Sociedades Anónimas», *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y de Luis Selva, T.I.*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 698.

⁴ En el BGB se regula de forma expresa el usufructo de títulos valores § 1.081-1.084. *Vid.* Código civil Alemán comentado (BGB), Marcial Pons, 1998.

⁵ El crecimiento patrimonial de los Fondos de Inversión se ha reflejado también en una producción normativa profusa en el ámbito de establecimiento de requisitos y límites para su constitución y funcionamiento (controles administrativos, etc.).

Sin embargo, dado que una reforma del Código civil, para recoger este tipo de usufructo, aunque ciertamente deseable, es algo casi impensable, dada la escasez de reformas de este cuerpo legal, una solución podría ser –en tanto no se produjera la reforma mencionada– que se hiciera esa regulación dispositiva vía Reglamento de Gestión del Fondo, o bien, el recurso a la aplicación analógica con alguno de los usufructos especialmente regulados en el Código civil. Me parece más correcta esta última solución, ya que no creo que deba entrar el Reglamento de Gestión a regular cuestiones entre el usufructuario y el nudo propietario⁶.

1. Definición del objeto de estudio

a) *Usufructo*

Tradicionalmente se ha considerado al usufructo como un *ius in re aliena*⁷, que limita la propiedad. De la definición legal de usufructo contenida en nuestro Código civil se desprende que la cosa objeto del usufructo no pertenece al usufructuario, sino a un tercero que recibe el nombre de nudo propietario. El estar en presencia de cosa ajena, lleva innato la idea de conservar su sustancia, para devolver –al finalizar el derecho– esa misma cosa a su dueño, lo cual vendrá garantizado por la constitución de la fianza. Podemos preguntarnos: ¿Qué es exactamente lo que hay que devolver en el usufructo de participaciones de FFII? ¿Y si no hay fianza?

Desde el punto de vista de su contenido, al usufructuario le corresponden facultades (el uso y disfrute de la cosa) iguales a las que normalmente integran el contenido normal de la propiedad, y que, cuando existe un usufructo, no pueden ser ejercitadas por el nudo propietario, de modo que la idea de que el usufructo representa una parte, de la que la propiedad sería su conjunto, no está privada de razones en el campo económico. Ahora bien, en el supuesto de usufructo persiste la propiedad porque el propietario conserva un mínimo de disponibilidad, un poder decisivo: aquel referente al destino económico de la cosa.

⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles T. IV Las acciones*, V. 3.º *Copropiedad, Usufructo, Prenda y Embargo*, Cívitas, Madrid, 1992, p. 55, es de esta opinión respecto de los estatutos sociales y las relaciones entre usufructuario y nudo propietario.

⁷ En el Derecho romano Paulo lo definía como *ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum sustantia*, es decir, el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas, salvando su sustancia.

El usufructo se constituye por actos *inter vivos*: compraventa o donación, o *mortis causa*: por ley, y por voluntad del causante. Puede ocurrir que se constituya por vía de reserva o retención cuando se vende o dona la nuda propiedad⁸. La prescripción adquisitiva del usufructo no la creo posible en el caso de participaciones de Fondos de inversión.

El derecho de usufructo puede recaer sobre cualquier tipo de bienes y derechos siempre que estos conserven, a pesar de su uso, su individualidad⁹. Esto es, no sólo puede recaer sobre cosas materiales, sino que también sobre bienes inmateriales, sobre derechos (art. 469 CC).

De la regulación de los diversos bienes que se enumeran, en el Código civil, como posibles objetos de usufructo, se deduce una gran elasticidad en la regulación legal para acomodarse a las peculiaridades que presenta esa diversidad de posibles objetos¹⁰.

Hay que distinguir entre cosas deteriorables (o no consumibles, art. 481) y cosas consumibles (art. 482) que difícilmente pueden ser devueltas al primitivo propietario a pesar de su uso normal, y por ello se sustituirán por el *tamtundem* u otro tanto de la misma especie y calidad¹¹, y, por último, también puede recaer, como decíamos, sobre derechos.

Nos podemos plantear si el usufructo de participaciones de fondos de inversión representa un usufructo sobre cosa consumible, o bien, sobre algo susceptible de deterioro.

⁸ RICO ARÉVALO, B., «Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones (II): La cotitularidad en las Participaciones de Fondos de inversión», *Actualidad Financiera*, 1995 (2), p. 1450, plantea el supuesto de constitución de usufructo sobre determinadas participaciones de un Fondo de inversión, cuando existía cotitularidad respecto a las mismas y la regla para la distribución de los beneficios que producen no sea la de la proporcionalidad a la cuota respectiva de cada cotitular, sino que se altera esta regla mediante pacto entre partes, con lo que «se estaría constituyendo un usufructo en la medida precisamente que excede de la cuota de propiedad».

⁹ VENEZIAN (G., *Usufructo, Uso y Habitación*, R.D.P., Madrid, 1928, p. 310) entiende que siendo la voluntad del propietario la que, en definitiva, establece la función que la cosa debe desempeñar, la sustancia de la cosa «reside en el destino que a ella le dí su dueño». A ello se opone MALUQUER DE MOTES, *Los conceptos de «sustancia», «forma» y «destino» de las cosas en el Código civil*, Madrid, Cívitas, 1992, p. 166, que afirma que «la idea de sustancia no debe identificarse con la idea de destino, como manifestación económica o función que la cosa realice».

¹⁰ Cfr. SECO CARO, E., «El Usufructo de Acciones...», *Op. cit.*, p. 700.

¹¹ El Código ya contempla la creación de una relación jurídica estimándose por su valor al principio de la misma, que será el importe que deberá satisfacer el titular del derecho en interés del propietario o, de lo contrario, si no se hubiese establecido el mismo, deberá devolver otro tanto de la misma especie y calidad. En definitiva, el propietario se desprende de su propiedad y resulta totalmente indiferente que el usufructuario la use según su destino o la utilice dándole un destino totalmente distinto al que inicialmente tenía. Cfr. MALUQUER DE MOTES, *Op. cit.*, pp. 168-9.

La primera posibilidad (nos remite a la figura del cuasi-usufructo: el uso regular de las cosas consumibles implica su destrucción, impidiendo el principio *salva rerum substantia* y la obligación del usufructuario de devolver la misma cosa recibida en usufructo, el artículo 482 del CC señala que «*el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, tendrá el derecho de restituirlas en igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo*») debemos negarla porque:

1. La participación no es un bien consumible, el Fondo es un producto de ahorro, de inversión, no de consumo. Aún cuando a ciertos títulos-valores se les haya calificado de bienes fungibles: «aquellos que puestos en circulación por el emisor, sean de la misma clase, tengan el mismo valor nominal y confieran idénticos derechos», no es lo mismo fungible que consumible, y, además, el propio Decreto de 25 de abril de 1974 (desarrollado por Orden de 20 de mayo del mismo año) que estableció el especial sistema de liquidación y compensación, bajo el presupuesto de ese calificativo de «fungibles» de los títulos, impidió de forma expresa la entrada en el nuevo sistema a los títulos sometidos a usufructo (art. 7.1.º) y obligó a proceder a la exclusión de los títulos incluidos tan pronto como se constituya sobre ellos un usufructo (art. 7.2.º)¹².

En el mismo sentido se expresa el artículo 17 del RD. 116/1992, de 14 de febrero, de anotaciones en cuenta. Así, al practicar la inscripción del derecho real limitado, se debe efectuar la correspondiente individualización o desglose en la cuenta correspondiente por lo que los valores dejan de ser valores fungibles.

2. Es necesario que el usufructuario mantenga el destino de esa inversión, la inversión en participaciones de un fondo de inversión, sin que el propietario sea ajeno a esta función. Ahora bien, ¿Entendemos que se mantiene el destino simplemente con mantener una inversión en participaciones de fondos de inversión o, necesariamente, se ha de mantener la inversión en ese concreto fondo para cumplir con ese límite? Aquí habrá que distinguir si el usufructuario ha prestado fianza o no lo ha hecho.

¹² GIL RODRÍGUEZ, (J., *El usufructo de acciones (aspectos civiles)*, EDERSA, Madrid, 1981, p. 105) «No cabe duda de que esa sola fungibilidad de los títulos, amén de los problemas que la forma de constitución del usufructo sobre ellos hubiera planteado, pudiera fundamentar una pretensión del usufructuario, o del nudo propietario, en el sentido de alegar la constitución de un cuasiusufructo, en vez de un usufructo propio sobre títulos perfectamente identificables», incidencia que no llegó a producirse gracias a la expresa prohibición mencionada.

En el primer caso, usufructuario que ha prestado fianza, parece que se le debe conceder el poder de decisión sobre la colocación del dinero en un fondo u otro¹³. Para ello se requiere la colaboración del nudo propietario, ya que, salvo en los *unit linked* (seguros de vida asociados con fondos de inversión), se exige el reembolso de las participaciones –también de las que representen el capital inicial o valor inicial–. Ahora bien, ante la negativa del nudo propietario a prestar su consentimiento al cambio, si es claramente injustificada y, atendiendo a las circunstancias económicas del momento, que pueden ser perjudiciales para el usufructuario, entiendo que puede ser suplido por la autorización judicial¹⁴.

El quasi-usufructo se defiende por Monserrat Valero para el usufructo de dinero solamente en el caso de que su destino sea el gasto, no cuando su destino sea la inversión, por ejemplo, en un producto financiero, entonces se transforma en un supuesto de usufructo ordinario. Si, originariamente, el usufructo se constituye sobre una inversión financiera, no sobre una suma de dinero, en ese caso, no hay ninguna duda de que estamos ante un usufructo ordinario y no ante un cuasiusufructo (aunque el objeto, en realidad, sea el dinero invertido, como ocurre en el usufructo de participaciones de Fondos de inversión, cuyo objeto es el montante acumulado más que la participación en sí misma considerada)¹⁵. Aún así, en algunos aspectos, se pueden aplicar reglas de este último.

¿Podríamos considerar que es un usufructo sobre cosa susceptible de deterioro en la medida que el fondo puede tener rentabilidades negativas?, en tal caso ¿el usufructuario no estará obligado a restituir más que las participaciones en el estado en que se encuentren? Si así lo entendemos, no tiene el usufructuario que indemnizará

¹³ MONSERRAT VALERO, A., «El usufructo de dinero y de algunas inversiones financieras», *Actualidad Civil*, 1992 (3), p. 440, «El usufructuario con fianza siempre podrá desinvertir, pues, si se asegura al nudo propietario el cobro del capital al final del usufructo, es lógico que se le conceda la decisión sobre la colocación del dinero, ya que el rendimiento del capital depende de los bienes donde esté invertido, derecho que incluye, como paso previo, el poder de desinversión. Para llevar a cabo esta desinversión habrá de contar con la colaboración del nudo propietario, porque estando los bienes a nombre de éste se necesitará su consentimiento para enajenarlos».

¹⁴ En la doctrina, tanto LACRUZ como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN opinan que la elección del destino de la inversión corresponde al usufructuario con fianza, ya que es el que tiene derecho al rendimiento de la reinversión.

¹⁵ Cfr. MONSERRAT VALERO, A., «El usufructo de dinero...», *Op. cit.*, p. 439, que parte de la definición de inversiones financieras como «aquellas que persiguen hacer rendir el dinero invertido y no la tenencia de los bienes objeto de la inversión. Es el caso de acciones, obligaciones, pagarés... El usufructo de las inversiones financieras tiene por objeto, en realidad, el dinero invertido en determinados bienes y no los bienes en sí mismos considerados. Una de las características de las inversiones financieras es la facilidad para realizarlas y convertirlas en dinero».

zar al propietario por la pérdida de valor, más aún teniendo en cuenta que si le negamos la posibilidad de administración (como principio corresponde a la Gestora) nunca podremos predicar de su conducta dolo o negligencia (que es la excepción prevista por el Código civil en el artículo 481 para obligar al usufructuario a indemnizar al propietario por el deterioro)¹⁶.

Sin embargo, considero que la participación tampoco es un bien deteriorable por el uso, ya que, de hecho, no es susceptible de tal uso por el partícipe¹⁷. El valor de la misma puede decrecer por las leyes del mercado, o por la mala gestión de la cartera en la que está invertido el Fondo –disminuyendo el valor de la cartera o sus rentabilidades– pero no por el uso del partícipe¹⁸. Además, el concepto del artículo 481 del CC parece referirse a un deterioro físico, no precisamente económico¹⁹.

En definitiva, el usufructo sobre las participaciones comporta un usufructo sobre el derecho que estas atribuyen al propietario de las mismas. En realidad, las facultades inherentes a la nuda propiedad y al usufructo, recaen más que sobre la participación (como instrumento) sobre el montante acumulado, y son de contenido predominantemente económico ya que los partícipes carecen de derechos de contenido político, a salvo el de información (Por ejemplo, respecto al derecho de voto que corresponde a los valores de la cartera en la que está invertido el activo del Fondo, se da una cesión legal a favor de la Gestora).

Las participaciones son valores mobiliarios negociables con independencia de que se encuentren cartular o tabularmente repre-

¹⁶ A no ser que posibilitemos al usufructuario el cambio de un fondo a otro (casos de ostentar el cargo de comisario de una herencia, o bien, cuando el cambio no implica un reembolso: «fondos paraguas», admitidos indirectamente, en la actualidad, en nuestro país a través de la figura de los unit linked).

¹⁷ RICO ARÉVALO, B., «Procedimiento de suscripción... II», *Op. cit.*, p. 1450, «no existe propiamente un uso de las participaciones porque no es algo material susceptible de una utilización que reporte algún servicio, ni tampoco son susceptibles de la «posesión» en sentido clásico por su titular».

¹⁸ En la doctrina, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 19^a ed., Edersa, Madrid, 1996, p. 667) y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., Voz «Institución de Inversión Colectiva» en *Enciclopedia Jurídica Clívitas*, vol. III, Madrid, 1995, p. 3623) consideran que los derechos de los partícipes no son precisamente los de un propietario, aunque como tal los considere la ley, ya que la intervención de la sociedad gestora y del depositario diluyen la relación entre el partícipe y los bienes del fondo, de los que aquel no puede disponer, ni administrar, ni utilizar. Para PALA LAGUNA, R., «Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad de las Sociedades Gestoras», *RDBB* núm. 65, Madrid, 1997, p. 95, el derecho de propiedad permanece como tal, «si bien, las facultades inherentes al estatuto del copropietario se ven limitadas en atención a la finalidad del fondo mismo».

¹⁹ BORRELL MACIA, A., «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», *RDP*, 1949, p. 1067.

sentadas. La participación constituye el soporte material o inmaterial para la incorporación de un derecho o conjunto de derechos²⁰.

Comúnmente la participación está representada por un certificado de participación²¹, que es un título-valor nominativo, en concreto, un valor mobiliario²², cuya esencia radica en un especial nexo entre la cosa corporal y la incorporeal²³. La constitución del valor como tal –que no, por lo general, el nacimiento del derecho patrimonial que le presta contenido– precisa de la incorporación al instrumento negociable configurador de que se trate.

b) *Participaciones de un fondo de inversión*

Como punto de partida hay que decir que las instituciones de inversión colectiva son todas aquellas que invierten en forma conjunta los flujos aportados individualmente por sus socios o partícipes, e imputan a éstos los resultados colectivos en función de su participación.

El Fondo de Inversión, que es una IIC, supone un patrimonio colectivo, autónomo, sin personalidad jurídica, perteneciente a una pluralidad de inversores finales denominados partícipes. Esto es, el Fondo emite participaciones a aquellos inversores que ponen dinero (que pasan a ser copartícipes por la suscripción) –en la cuantía que les convenga, aunque suelen fijarse unos mínimos– para integrar el patrimonio común. Así que las participaciones sirven para medir la aportación de cada inversor individual, según el número que se le adjudique.

El objetivo es crear un patrimonio amplio que permita ser gestionado por un operador profesional (los costes que ello supone), y una diversificación de los riesgos. De tal modo, se posibilita a particulares –en ocasiones, con poco dinero– acceder a mercados a los

²⁰ CERVERA-MERCADILLO, V., «Las participaciones como valores mobiliarios negociables», RDBB, núm. 73, 1999, p. 134.

²¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Participaciones y certificados en los fondos de inversión mobiliaria», *Coloquios sobre fondos de inversión*, Bilbao, 1974, p. 350, «éste, como título valor modifica el régimen jurídico de la circulación y extinción de la participación, así como el régimen aplicable al ejercicio de los derechos comprendidos en el mismo».

²² MARTÍN E. ABDALA, LL. M., «La regulación Jurídica de los Fondos de inversión en el Derecho alemán», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 69, Madrid, 1998, p. 146, es contrario a considerar el certificado como un simple título obligacional: «la doctrina predominante, con la cuál coincidimos, sostiene que los certificados de inversión no son títulos obligacionales sino una clase especial de títulos mobiliarios que, como tales, no documentan solamente derechos obligacionales sino que corporizan en forma completa la posición jurídica del cuotapartista como integrante de un fondo de inversión».

²³ Este nexo, señala GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre el usufructo de acciones», *Op. cit.*, p. 975) «trae, por consecuencia, que el usufructo de acciones sea al propio tiempo usufructo de cosa mueble (el título o documento), y usufructo sobre un derecho (el derecho o posición de socio) integrado por un complejo de facultades de diversa índole, unas de contenido típicamente patrimonial y otras de carácter administrativo».

que de otra forma no podrían acceder, o les sería demasiado costoso; de esta forma se benefician de las economías de escala que ofrece la gestión mayorista de patrimonios.

Nuestra legislación va a considerar a los Fondos de inversión como patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación, administrados por una sociedad gestora a quien se atribuyen las facultades de dominio sin ser propietaria del Fondo, con el concurso de un depositario, y que tienen por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute, administración, en general, y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros para compensar, por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento, sin participación mayoritaria económica en ninguna sociedad (art. 2.2.º LIIC).

El activo de estos intermediarios está constituido, en su casi totalidad, por una cartera diversificada de activos financieros, en tanto que el pasivo se compone de unos pasivos financieros denominados participaciones.

Las participaciones no podrán ser limitadas, estando obligada la sociedad Gestora a emitir tantas como le vayan demandando los inversores –artículo 41.3 del Reglamento IICC–. Aumentarán o disminuirán a medida que aumente o disminuya el Fondo en virtud de la suscripción o reembolso de las participaciones.

El Fondo de inversión, patrimonio perteneciente –como decimos– a una pluralidad de partícipes (personas físicas o jurídicas), está dividido en participaciones de iguales características, sin valor nominal, que confieren a sus titulares un derecho de propiedad sobre el mismo en proporción a sus respectivas aportaciones y al volumen patrimonial total. El partícipe no es propietario de un determinado número de los valores en que está invertido el Fondo, sino de una cuota parte de ese conjunto de bienes y derechos que, en cada momento, compone el activo del fondo deducidos los gastos.

La participación se expresa por medio del valor liquidativo, o precio al que se reembolsaría la misma en el caso de que un partícipe decidiera retirar el dinero del producto en una fecha determinada²⁴.

²⁴ GARCÍA-VAQUERO, V., *Los Fondos de inversión en España*, Banco de España, Servicio de Estudios, Documento de Trabajo núm. 9202, p. 17, «La rentabilidad que obtiene el partícipe de un fondo es variable y depende de los flujos de rentas (dividendos, intereses, derechos de suscripción, etc.) que el fondo percibe por sus activos financieros y de las variaciones en el mercado secundario de las cotizaciones de cada instrumento incluido en la cartera del fondo. De este modo, podrá variar diariamente el valor del patrimonio neto del fondo y, por consiguiente, el valor liquidativo en pesetas de cada participación, que es precisamente el precio al cual la entidad gestora la comprará al partícipe, cuando este desee venderla, o la venderá a su suscriptor».

Este valor será el resultado de dividir el patrimonio neto del Fondo –evaluado según unas normas establecidas en la legislación de instituciones de inversión colectiva: valor del activo total menos partidas acreedoras y gastos reglamentariamente establecidos– por el número de participaciones en circulación.

Además del valor liquidativo podemos hablar de un valor de mercado, que consiste en el precio efectivo de transmisión derivativa de la participación²⁵.

Son valores negociables que se pueden representar mediante certificados nominativos, o bien, mediante anotaciones en cuenta. Lo más habitual es que las participaciones estén representadas por certificados nominativos, que pueden documentar una o varias participaciones, y a cuya expedición tienen derecho todos los partícipes de un Fondo de Inversión. La emisión de estos certificados se realiza, conjuntamente, por la Sociedad Gestora y la Entidad Depositoria.

Estos documentos permiten la constancia, documental y fechante, de la titularidad del partícipe de Fondos de Inversión. La cualidad de partícipe del Fondo no puede surgir sino de la tenencia del certificado porque en la escritura de constitución los partícipes no figuran. La participación en el Fondo define «la parte del titular en el Patrimonio, en los frutos, en su liquidación (del Fondo)»²⁶.

El certificado de participación es, por esencia, un título o valor negociable (artículo 20.1 LIIC). Si es posible su transmisión plena (cabe su adquisición derivativa) también lo es, quien puede lo más puede lo menos, su usufructo²⁷. Es esencial a estos efectos lo dispuesto en el art. 41. 4 del RIIC en el que se señala que: «*La transmisión de las participaciones, la constitución de derechos limita-*

²⁵ URIA, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 1996, pp. 257-8. Ahora bien, como señala CERVERA-MERCADILLO, V., *Op. cit.*, p. 137, «El valor verdaderamente relevante de las participaciones será el real o liquidativo, ya que la naturaleza abierta o semiabierta de los fondos antes aludida favorece el desarrollo ilimitado de las adquisiciones originarias en detrimento de las derivativas y permite al partícipe solicitar el reembolso a la propia entidad emisora de los valores».

²⁶ DE LA CALLE OLIVA, J. A., *Tesis Doctoral*, inédita, 1965, p. 157.

²⁷ RICO ARÉVALO, B., «Procedimiento de suscripción...», *Op. cit.* (2), pp. 1444-5, «Sobre las participaciones no obstante no sólo es posible un derecho de propiedad, siendo que sobre aquéllas pueden recaer cualesquiera de los derechos de utilización y de disfrute sobre cosas ajena que integran también los derechos reales, cargas reales o derechos de garantía (...). En la primera categoría se incluirían los derechos de usufructo sobre las participaciones que dan derecho a su titular a disfrutar los bienes ajenos permitiendo el ejercicio de una acción para hacer efectivo su derecho frente a quien en cada momento pueda ser propietario». Afirma esta posibilidad también DE LA CALLE OLIVA (J. A., *Op. cit.*, p. 158) en los siguientes términos: «Cabe su usufructo, ya que reúne los caracteres que Garrigues –*Contratos Bancarios*, p. 112– destaca como imprescindible para ello, conferir no es un simple derecho a una prestación única, sino un derecho de carácter permanente que atribuye algún fruto».

dos u otra clase de gravámenes y el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas se regirá por lo dispuesto con carácter general para los valores negociables. En el caso de que dichas participaciones se encuentren representadas por medio de anotaciones en cuenta, les será de plena aplicación lo señalado por los artículos 5 a 12 de la Ley del Mercado de Valores».

Las participaciones pueden ser objeto de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de carácter financiero [art. 2.2. f), RD 291/1992].

Esta característica, la posibilidad de negociar las participaciones de Fondos de inversión, es, por tanto, de gran importancia, ya que posibilita un abanico de negocios jurídicos cuyo objeto será, precisamente, las participaciones. Se pueden utilizar como garantía para el cumplimiento de obligaciones de pago, donarlas o transmitirlas *mortis causa* por herencia o legado, constituir un usufructo sobre las mismas, o, venderlas a un tercero²⁸.

Incluso cabrá la prenda de participaciones sobre las que recaiga ya un usufructo. Con el consentimiento del usufructuario la prenda recaerá sobre el entero bien, no sólo sobre la nuda propiedad, porque nadie admitiría tal clase de garantía. Ahora bien, en ese caso, si se produce la ejecución de la prenda, el nudo propietario tendrá que indemnizar al usufructuario (que tenía un derecho preferente) por la pérdida del objeto de su derecho, en la cantidad pactada.

c) *Fondo de inversión de carácter acumulativo*

La rentabilidad de los FFII se puede materializar, dependiendo de las diversas modalidades de fondos, a través de dividendos (fondos de reparto) y por medio del valor liquidativo (fondos acumulativos).

En los Fondos de reparto periódicamente se reparten unos beneficios pero no por orden del nudo propietario sino por estar así establecido en el fondo (lo que no es lo mismo que fondos en los que el propietario pacta que periódicamente le hagan unos reembolsos, ya que, en estos, parte puede ser devolución del capital inicialmente invertido²⁹). Podemos definirlos como aquellos que reparten o dis-

²⁸ La D.G.T., en resolución de 23-07-1997, ha señalado que al tratarse las participaciones de Fondos de inversión de valores negociables, la transmisión de las mismas está exenta de los impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. ¿Y la constitución del usufructo sobre las mismas?

²⁹ Y los llamados planes especiales de desinversión que, como señala RICO ARÉVALO, B., «Constitución, Modificación y Control de las IICC», *La protección de los partícipes de los Fondos de inversión*, Madrid, 1997, p. 33) conforman una modalidad *sui generis* de fondos de reparto, ya que, al configurar su estructura a través de un plan de inversión, consiguen lograr los beneficios fiscales previstos para los de acumulación o capitalización.

tribuyen periódicamente entre los partícipes, y en forma de dividendos, los beneficios obtenidos colectivamente por el normal funcionamiento del Fondo. Estos dividendos serán los rendimientos que producen las participaciones de este tipo de Fondos y, fiscalmente, son rentas de capital, es decir, rendimientos del capital mobiliario.

En consecuencia, en este caso, el usufructo no plantea ningún problema, se aplicará por analogía las reglas establecidas para el usufructo de acciones en la LSA, ya que corresponderán al usufructuario los dividendos que el Fondo distribuya durante el tiempo de vigencia de la carga, como frutos civiles, conservando el nudo propietario la titularidad de las participaciones, con los derechos que ello conlleva (v.g. reembolsar las participaciones, etc.).

Una vez se extinga el usufructo (bien por cumplimiento del plazo o por muerte del usufructuario), el partícipe nudo-propietario recuperará el derecho a percibir los dividendos que reparta el Fondo.

En España, la gran mayoría de los fondos de inversión, si no todos, acumulan sus resultados, es decir, acumulan de manera automática a su patrimonio la plusvalía de la cartera y beneficios que el Fondo va obteniendo, con el consiguiente incremento del valor liquidativo de las participaciones. Son los fondos acumulativos, también llamados de crecimiento o capitalización.

Al ser reinvertidos los beneficios solamente se ponen de manifiesto mediante el reembolso de las participaciones, y tienen la consideración de ganancias de capital³⁰, con un trato fiscal más favorable. Es precisamente por esta razón por la que el usufructo de participaciones de este tipo de Fondos de Inversión resulta problemático en la práctica: en principio, mientras que el nudo propietario no pida el reembolso de las participaciones, el usufructuario no podrá percibir los beneficios o rendimientos a los que teóricamente tendría derecho. A no ser que admitamos el reembolso por el usufructuario de aquellas cantidades que excedan el valor inicial.

Se habla de un cierto sentido expansivo del propio derecho de usufructo por accesión impropia³¹. Respecto a los Fondos, el

³⁰ El artículo 35 de la Ley 46/1984, al establecer el régimen fiscal de los FIM, modificó, implícita pero efectivamente, el artículo 17 de la Ley 44/1978, añadiéndole una excepción. Sobre esta cuestión, véase BARBARÁ LLAURADO, R., «Los rendimientos de las participaciones en los Fondos de Inversión Mobiliaria y el IRPF», *Crónica Tributaria*, núm. 73, 1995.

³¹ La accesión llamada discreta o por producción no es una verdadera accesión. A juicio de LÓPEZ VILAS, R., «Artículo 355», *Comentario del Código civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 995) esto «es claro en la medida en que entre los frutos y la cosa madre o principal no se dan los requisitos de la unión o incorporación irreversible de la cosa accesoria a la principal, con el resultado de una unión dominical».

aumento de valor de las participaciones por la reinversión de los rendimientos supone que el usufructuario disfrutará también de los beneficios de esa reinversión.

3. Posibilidad

He afirmado, de entrada, la posibilidad de usufructo respecto a las participaciones de un Fondo de Inversión, pero ¿Cómo podemos concretar ese derecho para no hacerlo totalmente inoperante? ¿Cómo configurarlo para que, en su caso, si viene constituido por vía de herencia no comporte una desheredación en la práctica?³²

Sabemos que un Fondo de Inversión invierte su patrimonio en una cartera de valores que, dependiendo del tipo de Fondo del que estemos hablando, pueden ser de renta variable (acciones), de renta Fija (bonos, obligaciones, pagarés...), o puede ser una cartera con valores de ambos tipos, etc.

En teoría, el usufructuario tendría derecho a percibir un porcentaje de los rendimientos que genera la cartera del Fondo, en la proporción de la cuota que representen sobre el Fondo las participaciones que usufructúa. Rentabilidad compuesta por los dividendos o rendimientos generados por esos valores (p. e. intereses de activos de renta fija) y las fluctuaciones en el precio de los activos³³. Sin embargo, como ese cálculo es de imposible valoración con la necesaria frecuencia o periodicidad porque, si la gestión es activa, los movimientos de los valores del Fondo son continuos (se venden unos para reinvertir en otros) y se reinvierten también los dividendos en nuevos activos, etc., hay que acudir a otra regla de atribución de frutos.

Los frutos o rendimientos del capital invertido no pertenecen a la Sociedad Gestora ni tampoco al fondo como tal, por carecer de personalidad jurídica, en consecuencia, los rendimientos aumentan el patrimonio del Fondo y sirven para incrementar automáticamente el valor de cada participación. En definitiva, el usufructo no recae directamente sobre los valores de la cartera sino sobre las participaciones.

³² Según el criterio expresado por la DGRN: «Dada la especialidad del sistema acumulativo en el que no se produce durante un período de tiempo la separabilidad de los rendimientos del patrimonio productivo, no parece aplicable la regla civil del fruto pendiente (artículo 472.3 del Código Civil), que conduciría a la atribución al nudo propietario de la totalidad del rendimiento al fin del usufructo, en cuanto implica un enriquecimiento no justificado en la naturaleza del objeto. A salvo pacto en contrario, en cuyo caso quedaría el derecho de usufructo vacío de contenido».

³³ En ese supuesto esquema (usufructo directo sobre una cuota de la cartera), las plusvalías deberían ir para el nudo propietario.

El criterio administrativo es que se consideran como frutos o rendimientos que pertenecen al usufructuario, a falta de que se diga otra cosa en el título constitutivo –en el que se puede determinar otra regla de atribución de frutos– la diferencia entre el valor de enajenación de las participaciones y el valor de las mismas el día de la constitución del usufructo³⁴, siempre que la misma sea positiva.

Para determinar la posibilidad o imposibilidad del usufructo sobre este tipo de bienes tenemos que dilucidar primeramente si la percepción de los rendimientos producidos por el usufructuario comporta una alteración de la sustancia o forma de la cosa.

El reconocer un posible derecho del usufructuario a reembolsar³⁵ aquel número de participaciones cuyo valor sea equivalente al incremento de valor, o plusvalía producida, respecto de las participaciones sobre las que recae el usufructo (tomando como valor inicial el valor de las participaciones el día de la constitución del usufructo), conllevaría reconocer que una disminución del número de participaciones no supone una alteración de la forma o sustancia de la cosa mientras se mantenga ese valor. Esto es, podríamos asimilar conservación de la sustancia con la conservación del valor inicial de las participaciones.

Si se mantiene que salvar la sustancia debe comportar mantener el número de participaciones invariable, sería tanto como negar la posibilidad de usufructo respecto a las participaciones de fondos de inversión, ya que los rendimientos no producen nuevas participaciones sino que se incorporan o acumulan a las ya existentes (en los fondos de capitalización o crecimiento).

Nuestra postura es referir el mantenimiento de la sustancia a la devolución del valor inicial (y, si se quiere, por un principio de justicia, actualizado³⁶). Es decir, la sustancia es el valor de la inversión inicial. Así, aunque durante la vida del usufructo permitamos que el usufructuario vaya realizando reembolsos parciales respecto de los excesos sobre ese *quantum* inicial, con apoyo en el artículo 507 del Código civil³⁷, al finalizar el usufructo, si en el último/s ejercicio/s ha

³⁴ Que puede coincidir, o no, con el día de adquisición de las mismas, depende de la fecha de constitución del usufructo.

³⁵ Partiendo de la consideración de que actos de disposición o de enajenación son aquellos que afectan al capital, mientras que los actos de administración tan solo afectan a las rentas del mismo (COVIELO, *Manuale*, p. 64).

³⁶ MONSERRAT VALERO, A., «El usufructo de dinero...», *Op. cit.*, p. 440, ante el problema de la inflación señala «nos hemos planteado este problema y hemos anunciado la posibilidad de que el usufructuario no tuviese derecho a la totalidad de los intereses, sino sólo a aquellos que excedan a la pérdida del valor adquisitivo de la moneda».

³⁷ El usufructuario podrá reclamar el crédito vencido si tuviese dada o diere la fianza correspondiente, con independencia del destino del importe cobrado. Para los valores anotados, *Vid.* CARTÉS GARCÍA, E., «Derechos reales limitados y otros gravámenes sobre valores anotados», *RDBB*, Madrid, 1999, que señala que «Dado que de los asientos del registro contable de los valores anotados no podría deducirse la distribución de facultades entre

habido rentabilidades negativas, no cumplirá solamente con entregar las participaciones «en el estado en que se encuentren» sino que deberá compensar, si su valor es inferior al inicial, hasta el *quantum* inicial (función de la fianza que se exige en la constitución del usufructo, salvo las excepciones referidas en el artículo 492 del C.c.)³⁸. Si no se ha prestado fianza considero que no es viable la solución de admitir los reembolsos parciales por el usufructuario, y ahí si se cumple con entregar las participaciones en el estado en que se encuentren.

La diferencia con el cuasi-usufructo estriba en que aunque entendamos sustancia como valor y no como número de participaciones, en el usufructo ordinario el destino ha de ser mantenido (salvo que se haya atribuido la facultad de disposición al usufructuario, o, por ejemplo, ésta se deduzca de los términos del poder testatorio a favor del cónyuge viudo comisario), otra cosa es el sentido más o menos amplio que se dé a ese requisito³⁹; en cambio, en el cuasi-usufructo no tiene ninguna relevancia el destino de esos bienes, se puede hacer lo que se crea más conveniente con ellos (su función es el consumo), se cumple, simplemente, con el pago fijado en el artículo 482 del Código civil, ya que el nudo propietario se ha convertido en un simple acreedor de esos bienes.

3. Principios

a) Inmunidad de la Sociedad Gestora

Hemos señalado cómo los fondos de inversión constituyen, en sí mismos, un patrimonio separado perteneciente a una pluralidad de inversores que denominamos partícipes e independiente tanto del patrimonio de la Sociedad Gestora como del patrimonio de la Entidad Depositaria, como del personal de cada partícipe, cuya responsabilidad queda limitada al límite de su aportación. El artículo diecisiete, párrafo cuarto de la LIIC así lo manifiesta:

«Los acreedores del Fondo no podrán hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio de los partícipes, cuya responsabilidad se limita a sus aportaciones.

usufructuario y nudo propietario, deberá comunicarse al obligado contable dicha distribución (...) sería conveniente que se dejara constancia de la prestación de la fianza en el registro contable al inscribirse el usufructo, con lo que el deudor podría conocer no sólo la inscripción de éste sino también la existencia y suficiencia de la fianza».

³⁸ Quizás sea conveniente, aún en estos casos en que legalmente no se exige fianza, pactar el establecimiento de la garantía, para seguir el régimen del usufructuario con fianza más beneficiosa, porque en otro caso no creo que se pueda defender la posibilidad de los reembolsos parciales por el usufructuario.

³⁹ Como hemos dicho, referirlo a destino de inversión en fondos.

El patrimonio del Fondo no responderá por las deudas de los partícipes, Gestores o Depositarios».

La Sociedad Gestora, sociedad anónima cuyo objeto exclusivo es la gestión profesional de uno o varios fondos de inversión, asumiendo su administración y representación –ya que el Fondo carece de personalidad jurídica propia–, no puede atribuirse facultades de dominio que corresponden a los partícipes⁴⁰. «Bien es cierto que por la propia mecánica de los FFII los partícipes transfieren buena parte de las facultades dominicales a favor de la Sociedad Gestora del mismo. Pero por una parte esta delegación no engloba todas las facultades del dominio (como el *ius fruendi*), y, por otra, la propiedad como tal es algo distinto y superior a la mera yuxtaposición de sus facultades»⁴¹.

La figura de la Gestora es la de un operador independiente cuya finalidad ha de ser, básicamente, buscar el máximo beneficio para los partícipes con su administración. Se ha de ajustar en su actuación a unos principios generales y políticos de inversión establecidos en el Reglamento del fondo y a unas reglas restrictivas y de carácter imperativo que disciplinan el sector de la inversión colectiva (límites de inversión, de riesgo, etc.).

Por lo demás, actúa con una absoluta libertad de elección y decisión, en virtud de la cual, adopta las medidas que considere más idóneas en provecho de los partícipes, no estando nunca sometida a mandatos expresos de éstos en la toma de posiciones respecto a la configuración de la cartera de valores, etc., simple y llanamente porque los partícipes no pueden incidir en la gestión.

No tiene por qué resolver (al igual que la Entidad Depositaria) o solventar las divergencias que sobre la titularidad de las participaciones puedan acaecer (en casos de cotitularidad, o de división de las facultades propias del dominio entre un nudo propietario y un usufructuario, por ejemplo) que, en su caso, habrán de ser resueltas por los órganos jurisdiccionales⁴², pero si la legitimación ante ella. No se

⁴⁰ Sí se le atribuyen, sin ser propietaria, ciertas facultades de dominio, con el concurso de un depositario, (art. 2.2 LIIC), y que tienen por objeto exclusivo la adquisición, tenencia, disfrute, administración, en general, y enajenación de valores mobiliarios y otros activos financieros para compensar, por una adecuada composición de sus activos, los riesgos y los tipos de rendimiento, sin participación mayoritaria económica en ninguna sociedad.

⁴¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, C., «La protección de los partícipes en un fondo de inversión y el nuevo Código Penal, *La protección de los partícipes de los fondos de inversión*, Madrid, 1997, pp. 219-20.

⁴² En tal sentido, RICO ARÉVALO, B., «Procedimiento de suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión (I): La titularidad de las participaciones», *Actualidad Financiera*, 1995-1, p. F-310, quien añade «pero sí se encuentran directamente imbuidas por la necesidad de conocer quién y en qué condiciones puede disponer de los fondos invertidos».

encuentra esta función entre las funciones propias de la Gestora que son, entre otras, redactar el Reglamento de Gestión, otorgar –con el depositario– la correspondiente escritura pública de constitución del fondo, determinar el valor de las participaciones en la forma prevista en el Reglamento, llevar la contabilidad del fondo, etc.

La idea básica a este respecto es, por tanto, la de la inmunidad de la Sociedad Gestora respecto a los problemas de Derecho privado que surjan entre los diferentes titulares de derechos, o facultades, en relación a las participaciones.

Es necesario, en este punto, hacer la comparación entre el usufructo de acciones de una S.A. y el usufructo de participaciones de fondos de inversión.

En el primer caso, además del socio propietario y el usufructuario, está interpuesta la Sociedad, que es quien trata de evitar los problemas, mediante la fijación en los Estatutos de quién puede ejercitar los distintos derechos⁴³. En la S.A., los socios son los que toman ciertas decisiones (generalmente es el nudo propietario quien tiene atribuido el derecho de voto, en caso de usufructo), y algunas podrían ser perjudiciales al usufructuario por lo que la L.S.A. sale al paso asegurando ciertos derechos al usufructuario: a la liquidación final, etc.

Ello no ocurre así en el segundo caso, y la razón fundamental es que la sociedad anónima busca o persigue fines propios, mientras que la Sociedad Gestora administra o gestiona intereses ajenos. En los FFII, no existe una especie de Asamblea o Junta de Partícipes, un órgano colegiado, que realice un seguimiento o control de la actuación de la Gestora. Los partícipes no son accionistas de la Sociedad Gestora sino sólo participantes en el Fondo de inversión que ella administra, la vinculación es contractual.

En efecto, es precisamente ese carácter de ajeno lo que hace que, en principio, no le incumban los problemas derivados del título constitutivo del usufructo, a no ser que a petición de usufructuario y nudo propietario se le pida que dirima un concreto conflicto⁴⁴. Ahora bien, lo normal en esos casos es que la Gestora deniegue su

⁴³ Por lo que se refiere a los problemas –falta de acuerdo entre las partes– en los casos de liquidación por extinción del usufructo o por disolución de la Sociedad, *vid.* artículo 68, 3.^º TRLSA.

⁴⁴ A juicio de HUIDOBRO GASCÓN la transmisión de la participación en el fondo y la separación de los partícipes del mismo, aunque no suponga la aplicación de la normativa societaria, exige que se prevean soluciones muy próximas a las propias de una sociedad. Cfr. HUIDOBRO GASCÓN, C., «La protección de los inversores y la autorización notarial y calificación registral de las escrituras de constitución de las IICs.», *La protección de los partícipes de los fondos de inversión*, Moreno-Luque Abogados y KPMG, Madrid, 1997, p. 86.

mediación o arbitraje, para evitarse problemas, amparándose precisamente en su inmunidad en tales cuestiones.

En ambos casos, usufructo de acciones y de participaciones de FFII, se coincide en el principio de unificación subjetiva, esto es, no se reconoce una disgregación de derechos sobre las acciones o participaciones de los Fondos de inversión a efectos de legitimación frente a la Sociedad, por lo que se refiere al derecho a la información (las comunicaciones sólo se hacen a uno de ellos: usufructuario o nudo propietario), consta un solo NIF, etc.

En la práctica, muchas veces se traslada el problema al Depositario ya que se abona el producto del reembolso de las participaciones a una cuenta conjunta (de usufructuario y nudo propietario).

¿Se podría excepcionar el principio de unificación subjetiva en cuanto a la legitimación frente a la sociedad a favor del usufructuario para reembolsarse aquellas participaciones que representen el exceso de valor? El artículo 507, párrafo primero posibilita al usufructuario con fianza para reclamar por sí los créditos vencidos.

Autonomía de la voluntad de las partes:

Es fundamental el artículo 470 del CC que determina que los derechos y obligaciones del usufructuario son los que determine el título constitutivo del usufructo; pero, en su defecto, o por insuficiencia de éste, hay que observar las disposiciones del Código civil⁴⁵.

La ley no hace más que suplir el silencio del título, de ahí que existiendo un título constitutivo, o un pacto entre las partes posterior al mismo⁴⁶, no debe haber mayores problemas, porque en él se contendrán, normalmente, las reglas que regirán esa concreta relación entre el nudo propietario de las participaciones y el usufructuario de las mismas: garantías para uno y otro, fijación de la periodicidad de los reembolsos, distribución de los frutos, etc. Por ejemplo, estableciendo que no todos los frutos sean para el usufructuario, sino que parte vayan al nudo propietario; o que la devolución del valor inicial se haga en pesetas constantes, no nomina-

⁴⁵ También podemos traer a colación el art. 1255 C.c. –autonomía de la voluntad de las partes en la contratación–. Respecto al recurso a la aplicación analógica (art. 4, p.º 1º del CC), conviene recordar que funciona en subsidio de previsiones especiales de las partes, respetando siempre las normas de orden público.

⁴⁶ Incluso una simple carta dando instrucciones de actuación al Banco, conjuntamente nudo propietario y usufructuario, tiene el carácter de un pacto escrito entre partes, y a él habrá de estarse con preferencia a lo que se diga en la Ley (y, en el caso de las acciones, también con preferencia a los Estatutos sociales). Por lo que respecta a su alcance, se aboga en este caso– por una interpretación finalista (amplia) y no literal (rígida) del documento, puesto que el supuesto concreto no se contempla pero parece clara cuál es la voluntad de las partes que habría de primar. Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A., «Usufructo de acciones y aumento de capital con cargo a cuenta de actualización (STS. 19 de noviembre de 1994)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 7, 4 (1996), p. 247.

les⁴⁷ (que es el criterio que se utiliza, al no aplicarse un coeficiente de actualización al valor inicial para hacer el cálculo de lo que corresponde al propietario⁴⁸), constituir un usufructo con facultad de disponer en caso de necesidad, etc.

Para el caso de que se opte por la conmutación del usufructo hay que tener en cuenta que las reglas que se adoptan, con carácter general, para el cálculo de su valor (las del art. 26-a de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 16-12-1987; como en la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, de 24-09-1993, en su artículo 10.2.a), para el caso de constitución del usufructo por compraventa) son dispositivas, y, por tanto, se podrían establecer otras reglas para la valoración del mismo.

Del mismo modo, se podría por pacto hacer la ficción de unos rendimientos mínimos, para no dejar desatendido al usufructuario en un período en el que no se han producido rendimientos, y por el contrario, para compensar esta garantía, y que no se beneficie en exceso el usufructuario, también se podrían fijar unos rendimientos máximos para el mismo, aunque los rendimientos reales sean superiores, compensándose el nudo propietario, con la diferencia, de las cantidades que hubiere tenido que adelantar en dinero (con fondos propios, para no mermar el objeto del usufructo) en aquellos ejercicios en los que no se cubrían los rendimientos mínimos.

Como vemos, en el desenvolvimiento del usufructo prima la autonomía de la voluntad. En nuestro ordenamiento existe libertad para modificar los derechos reales típicos, su contenido y régimen jurídico. Lo más importante es elaborar un buen título constitutivo, así que si en el mismo están bien expresadas las condiciones del usufructo, a ellas habrán de ajustarse tanto las partes como la Sociedad Gestora y Entidad Depositaria (en el pacto también se deben concretar las relaciones con la gestora).

Por ejemplo, en el usufructo de herencia –usufructo viudal– debería ser el cuaderno particional el que estableciera las reglas del juego, para que sea el usufructuario el que pueda reembolsarse, con su sola intervención, el exceso del montante inicial. Como, de hecho, en el cuaderno particional no se suele decir nada, es aconsejable hacerlo posteriormente en un documento privado, y, aunque

⁴⁷ El criterio nominalista se sigue para el usufructo de dinero o créditos en nuestro Derecho positivo. Sin embargo, como señala (DÍEZ PICAZO) no aparece formulado con la claridad con que lo hacen los Códigos francés e italiano. Por ejemplo, el art. 1.358 del C.c. «...importe actualizado al tiempo de la liquidación...» refleja la actual preocupación del legislador de corregir las injusticias a que conduce el nominalismo de las deudas pecuniarias.

⁴⁸ Si se aplicaba antes de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, de reforma de la Ley del IRPF, a efectos fiscales, lo que beneficiaba algo al nudo propietario al poderse producir minusvalías.

no sea necesario, lo podemos –y será conveniente hacerlo– elevar a escritura pública, que constituirá una prueba líquida en caso de conflicto.

Si se ha pactado por las partes el destino de la cosa, aquí la inversión en participaciones de FFII, prevalecerá la idea de bilateralidad frente a la unilateral del propietario, es decir, para modificar ese destino habrá de hacerse también por pacto⁴⁹. Esto es, cualquier modificación de lo pactado exige nuevo pacto o firma de las partes interesadas, para evitar que decisiones unilaterales puedan revocar ese régimen, a salvo las modificaciones que se puedan exigir por Sentencia judicial.

El título constitutivo es muy importante porque aunque la informática no recoja el usufructo, que debe hacerlo y en muchas Gestoras ya hay programas informáticos adaptados en los que consta la existencia de uno o varios usufructuarios en su calidad de tales o de varios cotitulares, etc.⁵⁰, cabe otro tipo de pruebas (como es la documental) ante Hacienda.

Ahora bien, aunque no se diga nada en el título constitutivo, deberían poder percibirse los frutos, ya que en la cuenta respectiva de las participaciones constará la carga. Sin embargo, como he señalado con anterioridad, sería conveniente establecer unas normas dispositivas para el caso de defecto o insuficiencia del título constitutivo.

4. Modelos

Podemos intentar buscar una similitud entre el usufructo de participaciones de fondos de inversión y alguno de los usufructos clásicos cuyo régimen dispositivo está configurado en el Código civil. Se trata de usufructos que deben tener unas reglas especiales por el objeto sobre el que recaen, al presentar problemas la restitución de la cosa.

Usufructo de minas: la idea de fruto se extiende también a los inorgánicos o geológicos (aguas minerales, productos de las

⁴⁹ MALUQUER DE MOTES, *Op. cit.*, p. 180.

⁵⁰ DUQUE DOMÍNGUEZ, J., «Participaciones...», *Op. cit.*, p. 338, «los reglamentos establecen un registro de los certificados emitidos donde constan los nombres y domicilios de sus titulares, así como el número de participaciones de que cada uno es titular. Igualmente en este libro registro, semejante al de las acciones nominativas, se tomará razón, no sólo de las transmisiones de dominio, sino también de la constitución de los derechos reales sobre las participaciones o de cualquier otra limitación que se imponga sobre las mismas». Respecto a las acciones nominativas –art. 57 de la LSA– se puede constituir el usufructo por endoso acompañado de la cláusula «valor en usufructo» o equivalente, y el usufructuario tendrá derecho para obtener de la sociedad certificación de la inscripción de su derecho en el libro registro.

minas...). La reproducibilidad ha de entenderse también como capacidad de dar por largo tiempo los productos extraídos de las excavaciones o perforaciones del terreno. La STS 21-II-63 consideró al mineral fruto natural «por ficción», tesis admitida en la actualidad unánimemente tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia⁵¹.

Asimilar el usufructo de participaciones en un Fondo de inversión al usufructo de minas, sería tanto como considerar a la participación de un fondo de inversión como un bien deteriorable⁵², y nos llevaría a concluir que cabe hacer por el usufructuario reembolsos de participaciones, aunque ello suponga una merma del capital, entendiendo que eso es propio del «uso» de la participación y que no afecta a la sustancia de la cosa, al igual que ocurre en la mina con la extracción del mineral. No creo que se pueda sustentar esta tesis, ya he señalado que no se puede calificar a las participaciones de bienes deteriorables.

Tampoco creo se pueda hacer comparable el usufructo de participaciones de fondos de inversión al usufructo de rebaños.

En éste, si coges algún componente del ganado, o si se muere naturalmente, el usufructuario está obligado a reponer con otra cabeza, debiéndose considerar solamente fruto aquellas crías sobrantes después de la reposición⁵³. El objeto del usufructo es el conjunto y no cada componente del mismo, la identidad del conjunto sólo se mantiene mientras subsiste ese mismo conjunto inicialmente entregado al titular del derecho real ajeno⁵⁴.

En el usufructo de participaciones de fondos de inversión sería tanto como identificar «sustancia» con número de participaciones, lo que nos llevaría a decir que si se vende cierto número de participaciones habría de volver a reponer el mismo número al valor en que se hallen esas participaciones en la actualidad.

Por otra parte, considero que no es lo común especular con participaciones de fondos de inversión, dado que son inversiones a más largo plazo, así que normalmente no tendría mucho sentido que el usufructuario vendiera hoy para reponer el mismo número de parti-

⁵¹ LÓPEZ VILAS, R., «Artículo 355», *Comentario del Código civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 998.

⁵² MALUQUER DE MOTES, *Op. cit.*, p. 52, «la idea de fruto no tiene porqué perjudicar necesariamente la sustancia de la cosa, y no es incompatible la idea de fruto con el hecho de que la cosa se deteriore, puesto que ésta es una consecuencia normal de toda actividad y, en consecuencia, el mineral puede ser considerado como el fruto de la mina».

⁵³ BOFARULL y ROMAÑA, M., *El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios*, R.A.J.L., Madrid, 1947, p. 25, «En ellos cada cría nace con razón de fruto, pero unos engrosan el capital, recomponiéndole, mientras otras actúan en esa cualidad y son frutos del usufructuario».

⁵⁴ MALUQUER DE MOTES, *Op. cit.*, p. 72.

cipaciones tres días más tarde al valor al que se encuentren (suponiendo que las ha vendido a un valor más alto).

Sólo se podría recurrir a la analogía respecto a este modelo si identificásemos la identidad del conjunto con el valor inicial, y ello nos llevara a concluir que el usufructuario no podría reembolsarse participaciones en caso de rentabilidades negativas, hasta volverse a alcanzar y superar el valor inicial de las participaciones el día de la constitución del usufructo.

Ahora bien, aunque la filosofía de la reposición para considerar a un bien como fruto o capital nos sirve para nuestra tesis, el usufructo de rebaños supone que los frutos son naturales (art. 355 CC), lo que no encaja con el usufructo de participaciones de fondos de inversión.

Por tanto, excluidos los anteriores modelos, restan otros a los que puede aproximarse más, y que vamos a estudiar con más profundidad: el usufructo de bosques o monte tallar y el usufructo de participaciones sociales o acciones⁵⁵. En ambos casos, los frutos que producen tienen la consideración de fruto civil.

La DGRN en respuesta a una consulta efectuada por la DGT⁵⁶ califica a los rendimientos de los fondos que se acumulan como fruto civil «*El derecho de usufructo sobre la participación se extiende a todo rendimiento –fruto civil– que produzca el objeto usufructuado, desde el día en que nace el derecho de usufructo hasta el momento de su extinción*» (artículos 471, 472, 475, 354 a 357 del Código civil y, por analogía, artículos 67 LSA y 36 LSRL»).

Falta en nuestro Código civil una base legal definida en la que asentar el concepto de fruto, de ahí que la doctrina haya basculado en distintas direcciones al tratar de destacar lo más nuclear de dicha categoría. Son muchos los doctrinarios que «reconocen es imposible dar *a priori* una definición exacta, concluyendo por sostener que no existe un concepto objetivo de los frutos» y otros relativizan algunos de los requisitos que comúnmente se atribuyen a los mismos⁵⁷.

⁵⁵ El usufructo se regula de manera prácticamente idéntica en la LSL y en la LSA, la principal diferencia estriba en que la LSL exige que la compensación al usufructuario por la liquidación del usufructo se abone en dinero.

⁵⁶ Resultado de esa consulta es el informe elaborado sobre el régimen jurídico del usufructo de participaciones de F.I.M. de carácter acumulativo, y la contestación de la DGT de 16 de mayo de 1996.

⁵⁷ Como, por ejemplo, hace De Diego con la periodicidad (Cfr. MARTÍN RETORTILLO, C., «Notas sobre el concepto de frutos», *RDP*, 1949², pp. 86-9, quien recoge las concepciones de Ferrara, De Diego, Baudry, Bianchi, Windscheid, etc.), o bien, DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (*Sistema de Derecho civil*, I, 8.^a ed., Técnos, Madrid, 1994, p. 410) respecto a la conservación de la sustancia entienden que «no debe entenderse en sentido absoluto sino relativo, esto es, que a la producción del fruto no acompañe una disminución sensible de la cosa madre».

El artículo 354 del CC nos habla de frutos naturales, industriales y civiles; supuestos que podemos englobar en dos concepciones distintas de frutos: la idea de fruto en sentido físico, como producto de la naturaleza, y la idea de fruto en sentido económico, como producto o rendimiento de una cosa en virtud de una relación jurídica constituida sobre ella (beneficio).

El fruto civil se corresponde con esta segunda concepción, ya que surgen en virtud de un contrato sobre la cosa fructífera como consecuencia de haberla hecho objeto de esa relación jurídica de la que nace el derecho a obtener el fruto. Tales frutos suponen créditos en favor del que ha de percibirlos⁵⁸. No se contiene en el Código una definición de fruto civil sino que se hace una simple enumeración, no cerrada o meramente orientativa, de los mismos.

La doctrina científica más reciente subraya unánimemente la reconocida trascendencia de los frutos civiles como categoría abierta que acoge los supuestos de rendimientos que no tienen cabida en los estrechos límites o perfiles de los frutos naturales o industriales⁵⁹. En la actualidad, hay una lógica tendencia al fruto civil, esto es, al fruto líquido dinerario.

Siguiendo a López Vilas⁶⁰, los caracteres de los frutos son los que siguen:

1. Reproducibilidad: la idea de fruto se perfila como rédito económico (*reditus* = retorno, vuelta) o ganancia repetible o reproducible.
2. Periodicidad: no en el sentido de intervalos iguales y constantes, sino como cierta habitualidad.
3. Beneficio económico o utilidad: fruto es todo lo que es renta en sentido económico, es decir, el incremento patrimonial que se obtiene en forma habitual, debiendo excluirse de tal concepto las ganancias extraordinarias y no habituales que se obtienen de una sola vez. Se excluyen, por consiguiente, las plusvalías.
4. Conservación de la sustancia: además de un elemento del concepto de frutos es una obligación de los titulares de derechos de disfrute que limita el goce que de la cosa puede nacer. Identifica-

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., «Usufructo de acciones de Sociedad Anónima», *ADC*, 1952, p. 1195, «la Ley no dice que se producen y se perciben día a día, antes bien –precisamente porque no se producen ni se perciben en esa forma– que *se entienden así percibidos* a efectos de su distribución. Con lo cual desaparece el principio de accesión al disfrute, que viene a ser sustituido por *un derecho de crédito* contra el efectivo perceptor.

⁵⁹ LÓPEZ VILAS, R., «Artículo 355», *Op. cit.*, p. 1001. Es decir, por un proceso de exclusión ya que nuestro ordenamiento no admite otras posibilidades.

⁶⁰ LÓPEZ VILAS, R., «Artículo 355», *Op. cit.*, p. 998-9. Excluimos el de la accesidad, dado que los frutos no son cosas accesorias a la principal en sentido técnico. Ahora bien, si es una utilidad de la cosa que lo produce.

mos la conservación de la sustancia con la permanencia y conservación de su valor.

5. Observancia del destino económico de la cosa: el fruto debe ser producido siguiendo el destino económico de la cosa, al que se refieren los artículos 481 del CC para autorizar al usufructuario a servirse de la cosa usufructuada y 507 para el usufructuario con fianza.

A estos añadimos el requisito de la separabilidad de la cosa principal (en el caso de participaciones de FFII será la cantidad inicial o valor liquidativo el día de la constitución)⁶¹.

Los rendimientos del Fondo, que se acumulan en el valor de las participaciones del mismo, participan de los caracteres expuestos, que doctrina y jurisprudencia atribuyen a los frutos definidos en el Código civil.

Usufructo de montes

Nos vamos a referir aquí únicamente a un tipo específico de explotación, la maderera, cuya particularidad está en que los árboles son, a la vez, fruto: el aprovechamiento principal es la madera, y capital: que hay que conservar y fomentar.

El artículo 485 del Código civil señala que: «1.º *El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza.*

2.º *Siendo el monte tallar o de maderas de construcción podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño y, en su defecto, las hará acomodándose en el modo porción y épocas a la costumbre del lugar.*

3.º *En todo caso, hará las talas o las cortas de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca».*

Deben concurrir las siguientes circunstancias: 1 –que las talas realizadas sean conformes a la naturaleza del monte, lo que determina tanto el tipo de explotación (por la naturaleza del producto) como la intensidad de la misma, 2– que sean ordinarias en un sentido objetivo (no disponiendo del capital) y, siempre, «como un buen padre de familia»⁶², y el párrafo tercero se refiere al criterio ineludi-

⁶¹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema..., Op. cit.*, I, p. 411, entienden que «de los caracteres que hemos predicado de los frutos naturales e industriales, el fruto civil no posee los de accesoriaidad ni separabilidad».

⁶² La doctrina advierte de los peligros de seguir demasiado rigurosamente el criterio subjetivo de la actividad del dueño, pues puede la misma no haber sido conforme a la naturaleza del monte usufructuado.

dible del respeto a la sustancia, o respeto del valor de la cosa, reiterando el principio establecido en el artículo 467 CC⁶³.

La naturaleza del monte usufructuado es la regla para la medida del aprovechamiento permitido, lo que viene a suponer una versión finalista del límite tradicional de la forma y sustancia, lo que permite llevar al concepto de usufructo más allá del concepto clásico de fruto⁶⁴.

Por su parte, Sancho Rebullida es de la opinión de que se puede considerar el incremento leñoso y maderero en los montes tallares y de maderas de la construcción como fruto civil, mejor dicho, «*como fruto especial semejante a los frutos civiles*». Ello partiendo de la consideración de que la tripartición del artículo 355 del CC respecto de los frutos es más normativa que definitoria o clasificatoria, dado que respondía al estado de la doctrina y de la economía coetáneas a la elaboración del Código, pero es una clasificación que está hoy día en cierta forma superada, «así, el grupo de los frutos civiles en nuestro artículo 355 puede hoy entenderse como residual y ejemplificativo, pues al incluir en tal categoría no solamente el precio del arrendamiento de las tierras y el alquiler de los edificios, sino también las rentas perpetuas, vitalicias *u otras análogas*, tal amplitud de criterio –sobre todo en la expresión final– permite interpretar extensivamente este último párrafo y considerar frutos civiles todos aquellos que no son naturales ni industriales; en parecido sentido se ha orientado efectivamente la jurisprudencia»⁶⁵.

En apoyo de esta opinión tenemos la de Lacruz, que incluye también entre los frutos civiles, como categoría residual, el incremento leñoso «pues aunque hay una evidente semejanza biológica entre este producto del bosque y los frutos naturales o industriales, la semejanza jurídica y social se hallan a favor de los frutos civiles. Es a las características funcionales o económicas del supuesto fruto a las que hay que atender, y en este sentido el incremento madera-

⁶³ GARCÍA VALDECASAS, G., «La idea de sustancia en el Código Civil», *RDP*, 1951, pp. 881 y ss., «Evidentemente, la finca después de la corta vale menos que en el momento de hacerla (como vale menos después de levantada la cosecha); pero si esa disminución no afecta ni a su potencial permanente ni a su rendimiento normal, se habrá conservado la finca, esto es, se habrá conservado su sustancia».

⁶⁴ Cfr. ALBÁCAR LÓPEZ, J. L. y CAVANILLAS, S., *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, II, Trivium, Madrid, 1992.

⁶⁵ Cfr. SANCHO REBULLIDA, Fco. A., *Usufructo de Montes*, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 114-5. En la misma línea MARTÍN RETORTILLO, C., «Los frutos de las minas», *ADC*, 1952 (3), pp. 1028-1029, al hacer notar que ya a finales del siglo XIX, la gran evolución mercantil y económica y una mayor penetración de la doctrina, al desplazar la *sedes materiae* de los frutos hacia el usufructo principalmente, ponen en evidencia ciertas producciones que no encajan en el ser esencial y originario –ni, por consiguiente, en la definición legal– de ninguna de las tres clases de frutos.

ble de un monte más puede asimilarse a la capitalización de una renta que a la producción de un fruto»⁶⁶.

Si, conforme a la interpretación corriente, consideráramos los frutos de un bosque como frutos naturales –incluso la madera–, al extinguirse el derecho del usufructuario todo el incremento leñoso que pudiera haber experimentado tal bosque cedería en beneficio del nudo propietario, cuyo único derecho sería a una indemnización por los gastos realizados. «Por tanto puede ocurrir que un bosque todavía no apto para la tala esté atribuido en usufructo a una persona durante muchos años, sin producirle el menor beneficio, y de repente, al morir ésta, ceda la totalidad de la madera acumulada a favor del nudo propietario, inesperadamente enriquecido por la circunstancia de no haber llegado a talar su antecesor en el disfrute». Para remediar tal anomalía, la solución está en desplazarse del campo de la interpretación literal o sistemática de los textos legales, hacia su consideración teleológica⁶⁷.

La similitud entre el usufructo de monte tallar y el de participaciones de fondos de inversión puede hallarse en que cuando el árbol crece, éste sigue siendo propiedad del nudo propietario, pero el incremento leñoso –aún siendo parte de la cosa misma– se considera fruto que pertenece al usufructuario, lo mismo que el valor de las participaciones de fondos que puede ir creciendo, al acumularse los rendimientos que se producen en la propia participación, continuando las participaciones en propiedad del nudo propietario pero correspondiendo el incremento de valor al usufructuario.

Como ha quedado señalado, la DGRN rechaza la consideración del fruto de las participaciones de los FFII como fruto pendiente, ya que conllevaría una indudable injusticia no dar participación al usufructuario a la extinción del usufructo, o a sus herederos, de los beneficios acumulados durante el usufructo y no percibidos todavía.

En el usufructo de montes da igual que los árboles existieran antes de constituirse el usufructo: el bien incrementa su valor, y al usufructuario se le permite hacer talas o cortas. Si trasladamos este esquema –usufructo de cosas que aumentan de valor y que debe venderse ese aumento para recoger los frutos– al usufructo de participaciones de fondos, supondría que las talas serían los reembolsos periódicos, de las 100 participaciones vendes, por ejemplo, 10 y te quedas íntegramente el valor de las 10, si es que representan el

⁶⁶ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., Prólogo al libro de SANCHO REBULLIDA, Fco. A., *Usufructo de Montes*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 8.

⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., Prólogo..., *Op. cit.*, p.7.

aumento de valor generado por las participaciones, tomando como valor inicial el del día de la constitución del usufructo.

*Usufructo de acciones*⁶⁸

Con relación al segundo patrón que podríamos seguir, la similitud está en que, en ambos casos, nos encontramos ante el usufructo de valores mobiliarios⁶⁹ y, por consecuencia, salvo que otra cosa se exprese en el título constitutivo del usufructo, los frutos se entienden adquiridos día por día, y, pertenecen al usufructuario en proporción a la duración del usufructo, dada su calificación como frutos civiles.

Ahora bien, la diferencia fundamental está en que mientras en el usufructo de acciones el usufructuario percibe los dividendos que, normalmente con cierta periodicidad, acuerda repartir la Sociedad, en el caso de usufructo de participaciones de fondos de inversión, lo normal, en España, es que estos fondos no sean de reparto sino de acumulación de rendimientos, con lo cual el usufructuario no percibe beneficios de una forma periódica a no ser que se le reconozca ese derecho vía título constitutivo, o bien, se establezca un régimen supletorio reconociéndole el derecho a reembolsarse los excesos de valor sobre el montante inicial.

El contenido del usufructo de acciones se integra por el derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales (dividendos) y el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación, además del aprovechamiento de otras ventajas sociales de contenido preferentemente económico o patrimonial (como el uso de ciertos servicios de la empresa).

No voy a entrar en cuestiones como la modificación del usufructo de acciones vía aumentos o reducciones de capital ni a la obligación del pago de dividendos pasivos, ya que creo que exceden del objeto de éste trabajo.

El artículo 67 de la LSA señala:

«1. En el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario.

⁶⁸ La constitución de derechos reales limitados sobre las acciones procederá de acuerdo con lo dispuesto por el Derecho común (art. 57 TRLSA).

⁶⁹ En la edición de Dalloz del Code civil francés (Dalloz, París, 1991) la voz: «valores mobiliarios, usufructo», nos remite al artículo 586 de dicho cuerpo legal que trata precisamente de los frutos civiles.

El usufructuario queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos.

2. En las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, lo previsto en la presente Ley y, supletoriamente, el Código civil».

El dividendo es el beneficio de la sociedad que acuerda distribuir la Junta General de accionistas⁷⁰ entre los mismos.

Caso de encontrarse unas acciones en usufructo, el usufructuario es el exclusivo titular actual del derecho a participar de las ganancias sociales, pero no es titular único ni cotitular de la acción al mismo nivel que el nudo propietario, quien continúa siendo exclusivo titular potencial.

Como señala Pantaleón Prieto, probablemente quien ha estudiado más a fondo el usufructo de acciones tras la reforma de 1989, hay que distinguir entre los problemas de adquisición-atribución del dividendo y los problemas de adquisición-pertenencia⁷¹. Estos últimos son los únicos que deben tener en cuenta el período de obtención, y su regulación no debe dejarse a una norma societaria, sino que en esas relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario debe primar lo que determine el título constitutivo del usufructo, y si éste guarda silencio al respecto, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 474 del CC⁷².

Cuando se trate de aplicar este artículo a los dividendos repartidos con cargo a reservas de libre disposición, habrán de entenderse percibidos día por día por el usufructuario durante el ejercicio/s en que se obtuvieron los beneficios con los que dichas reservas fueron dotadas si el usufructo sobre las acciones estaba ya constituido. En caso contrario, corresponden al propietario.

⁷⁰ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F., «Usufructo de...», *Op. cit.*, p. 1197, «el dividendo es un fruto civil con todas sus consecuencias, es decir: producción y percepción por días. Con lo cual desterramos totalmente el principio de *indivisibilidad del dividendo*».

⁷¹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario...*, *Op. cit.*, p. 55, en su comentario al art. 67.1.I afirma que «dicha norma trata sólo de resolver los problemas de *adquisición-atribución* de los dividendos acordados durante el usufructo (¿en cabeza de quién nacerán los créditos a tales dividendos?, ¿quién será el acreedor de la sociedad respecto de ellos?), y no los de su *adquisición-pertenencia* (¿en el patrimonio de quién habrá de integrarse finalmente el lucro que tales dividendos suponen?), problemas estos últimos que deben ser resueltos de acuerdo con lo que determine el título constitutivo del usufructo, y si nada se estableció en él al respecto, conforme a lo dispuesto en el art. 474 CC».

⁷² GIL RODRÍGUEZ, J., *El usufructo de acciones (aspectos civiles)*, EDERSA, Madrid, 1981, p. 94, remite en defecto o por insuficiencia del título constitutivo «a los artículos 467 y siguientes del Código civil, aplicables, como sabemos, a título analógico, prefiriendo siempre los referidos a usufructos de derechos», lo que nos conduce igualmente al art. 474 del CC ya que el art. 475 CC, referido al usufructo de derechos, señala que los frutos se repartirán como frutos civiles.

La existencia o no del usufructo, en el momento de adopción del correspondiente acuerdo de la junta general, es el criterio legal para determinar quien será, si el usufructuario o el nudo propietario, el titular de un concreto crédito al dividendo, el acreedor del mismo frente a la sociedad⁷³. El usufructuario será el que podrá exigir a la SA los créditos acordados durante el usufructo⁷⁴. Puede ocurrir, y será lo más frecuente, que usufructuario o nudo propietario tengan que realizar compensaciones a la otra parte.

El régimen del usufructo de acciones es el de liquidación final, a salvo los dividendos ya percibidos. Los herederos harán suyos los derechos que no hizo suyos el usufructuario durante su vida (respecto a los dividendos y a las reservas expresas constituidas en ese período)⁷⁵.

La razón de dar participación al usufructuario en los beneficios ordinarios de la explotación que se hubieren integrado en las reservas expresas ha sido una razón de equidad, para solucionar, en la práctica, situaciones en las que por desavenencias entre los nudo propietarios y el usufructuario, aquellos podían dejar sin contenido el derecho de éste mediante sucesivos acuerdos de la Junta General acordando el no reparto de dividendos durante el tiempo que durase el usufructo⁷⁶.

El legislador societario de 1989 ha venido a considerar a las reservas constituidas con beneficios ordinarios obtenidos durante el usufructo como verdaderos frutos acumulados pertenecientes, por tanto, al usufructuario⁷⁷. Sin embargo, como afirma Martínez Nadal, para ello ha actuado al margen de las categorías conceptuales generalmente admitidas, porque «la consideración como frutos de las reservas sociales constituidas por beneficios generados durante el usufructo es difícilmente admisible desde una perspecti-

⁷³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Op. cit.*, p. 63.

⁷⁴ Para ello tiene que estar inscrito su derecho de goce en el libro registro de acciones nominativas. GIL RODRÍGUEZ, J., *Op. cit.*, p. 119, «Antes de la anotación del usufructo, el socio-nudo propietario ya venía obligado por el contenido del título constitutivo o, en su defecto, por el Código civil; la sociedad no».

⁷⁵ ÁLCOVER GARAU, G., «Derechos reales sobre las participaciones sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, S.R.L., 1994, pp. 887-8, deja constancia de cómo la dificultad para el cálculo de la compensación fue uno de los argumentos tradicionalmente esgrimidos para negar al usufructuario todo derecho sobre las reservas.

⁷⁶ El caso típicamente enunciado era, en Sociedades pequeñas, el del viudo/a usufructuario/a de las acciones que pasa a contraer segundas nupcias.

⁷⁷ MARTÍNEZ NADAL, A., «Usufructo de acciones...», *Op. cit.*, p. 239, matiza: «O más bien, y más exactamente, parece inclinarse por esa teoría, pero no la adopta totalmente, porque lo que hace es otorgar al usufructuario un derecho al valor equivalente a las reservas de la sociedad, y no directamente un derecho sobre ellas y los fondos que representan; con lo que elimina, para la sociedad, el problema de su determinación y atribución, y lo reconduce a las relaciones internas nudo propietario-usufructuario».

va estrictamente conceptual: son efectivamente ganancias de la sociedad, pero no de los accionistas, para los que representará un incremento de valor de sus respectivas participaciones»⁷⁸.

La consideración de las reservas como frutos acumulados tiene como fundamento la idea de que si son frutos todas las ganancias obtenidas periódicamente por la sociedad, la parte de estas ganancias retenida como reserva debe considerarse una «acumulación de frutos». No obstante, a pesar de la relación existente entre beneficios y frutos⁷⁹, los beneficios no poseen por sí mismos el carácter de fruto de la acción, sino que es necesaria su previa distribución en forma de dividendos, por acuerdo de la Junta General, para que adquieran tal condición. De afirmarse lo contrario, se estaría olvidando la distinción entre la personalidad y el patrimonio de la sociedad y la personalidad y el patrimonio individual de los socios⁸⁰.

Entrando propiamente en cuales son las reglas, que con carácter dispositivo, establece para la liquidación la LSA, están contenidas en su artículo 68, que dice:

«1. Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas.

2. Disuelta la sociedad durante el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario una parte de la cuota de liquidación equivalente al incremento de valor de las acciones usufructuadas previsto en el apartado anterior. El usufructo se extenderá al resto de la cuota de liquidación.

3. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, éste será fijado a petición de cualquiera de ellas, y a costa de ambas, por los auditores de la sociedad, y si ésta no estuviera obligada a verificación contable, por el auditor de cuentas designado por el Registrador mercantil del domicilio de la sociedad».

El párrafo primero establece las reglas para la liquidación cuando lo que se extingue es el usufructo, continuando la sociedad

⁷⁸ MARTÍNEZ NADAL, A., «Usufructo de acciones...», *Op. cit.*, p. 244, nota (11).

⁷⁹ Las cantidades susceptibles de distribución y, por tanto, de ser consideradas frutos, están subordinadas al montante de los beneficios sociales obtenidos.

⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A., «Usufructo de acciones...», *Op. cit.*, pp. 238-9.

cuyas acciones fueron objeto del usufructo, de sus términos se desprende que:

1. Está excluido del cómputo del incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas el correspondiente a los beneficios extraordinarios o atípicos, es decir, aquéllos que no procedan de la actividad ordinaria propia de la explotación de la sociedad (*vid. art. 192.1 TRLSA*).
2. Por otra parte, también están excluidas las reservas tácitas u ocultas. Sin embargo, dentro de las reservas expresas hay que entender comprendidas no solamente las reservas facultativas, sino también los beneficios ordinarios integrados en la reserva legal o en las estatutarias «cualquiera que sea la naturaleza y denominación de las mismas» en la contabilidad social.

Aunque dichas reservas sean posteriormente capitalizadas, al aumentar la sociedad la partida de capital con cargo a ellas, no se excluye la aplicación de la norma; como también deberá ser aplicada respecto de los beneficios propios de la explotación que se hayan integrado directamente en el capital, al aumentarlo la sociedad con cargo a los mismos⁸¹.

El párrafo segundo establece las reglas de liquidación para la hipótesis de disolución de la sociedad habiendo de continuar el usufructo (transformado, normalmente, en quasi usufructo). De sus términos —«*el usufructuario podrá exigir del nudo propietario...*»— resulta que el ejercicio del derecho a reclamar la cuota de liquidación corresponderá, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario. A juicio de Pantaleón Prieto no hay razón para defender la aplicación al respecto del artículo 507.I del CC (según el cual el usufructuario puede reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo) en lugar de la norma especial sobre el ejercicio de los «demás derechos de socio» contenida en la proposición final del artículo 67.1.I de la LSA⁸².

En las relaciones internas, salvo que el título constitutivo del usufructo determine otra cosa, será aplicable el artículo 68 de la LSA. Es decir, por lo que respecta a la participación del usufructuario en la cuota de liquidación sigue el lógico criterio de la «duración del usufructo», entendida ésta en el sentido del artículo 474 del CC,

⁸¹ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., *Enciclopedia Jurídica Básica IV*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 6777.

⁸² Cfr. PANTALEÓN PRIETO, F., *Op. cit.*, p. 6777, quien afirma que el juego del art. 67.1.I LSA «evita las complicaciones que causaría la interferencia, en el reparto del haber social existente, de cuestiones de fianza propias de la relación usufructuaria, frente a lo que exigiría la aplicación del artículo 507.I CC».

es decir, por días, y no por ejercicios completos. Creo que esta es la recta interpretación, dada la consideración de los beneficios integrados en reservas como si de «frutos acumulados» se tratase.

Se podría hacer la analogía entre las reservas expresas constituidas con los beneficios ordinarios de la explotación durante el usufructo, y que suponen un incremento del valor de la acción respecto al que tiene derecho a participar el usufructuario, y la acumulación de beneficios durante el usufructo, por la gestión de un Fondo de inversión, en el valor liquidativo de las participaciones de ese Fondo.

Siguiendo este modelo, para el usufructo de participaciones de Fondos de inversión, significaría que, si vendes 100 participaciones, el usufructuario no se queda con el valor íntegro de unas cuantas participaciones de entre esas 100, sino que se quedaría con el incremento de valor producido en las 100 participaciones desde el día de la constitución del usufructo, que sería como el dividendo acumulado o reservas no repartidas, hasta el día de la extinción del mismo.

Ahora bien, el seguir el sistema de compensación al usufructuario de acciones al final del usufructo es consecuencia de la búsqueda por el legislador de una solución equitativa para con el usufructuario. Como ha quedado dicho, los beneficios de la SA son patrimonio de la Sociedad antes de ser repartidos como dividendos, y es el legislador el que hace la ficción de considerar a los beneficios integrados en reservas expresas como si de auténticos frutos acumulados se tratase.

En cambio, en el Fondo de inversión, que no tiene propiamente personalidad jurídica, ni es tampoco un patrimonio que pertenezca a la Sociedad Gestora, al crecer el patrimonio del Fondo acrece automáticamente el valor de cada participación que representa una parte alícuota del mismo, y no por acuerdo de la Sociedad Gestora, por lo que considero que aquí sí se puede hablar, con propiedad, de frutos acumulados.

Por tanto, a la hora de elegir uno u otro modelo, creo que el criterio decisivo será el del momento de su vencimiento o cadencia ¿vencen, y por tanto son exigibles por el usufructuario, a partir del momento de su incorporación a la participación, o habrá que esperar al momento del reembolso pedido por el nudo propietario o junto con el nudo propietario?

Si seguimos el primer arquetipo estaríamos aplicando por analogía lo dicho para el usufructo de montes. El usufructuario con fianza estaría legitimado a exigir los créditos vencidos (aquí, el incremento de valor sobre el valor inicial). El usufructuario ejercitaría su derecho en relación inmediata y directa con la cosa.

Si seguimos el segundo modelo, el de la liquidación final por la petición de reembolso de las participaciones por el propietario o por el nudo propietario junto con el usufructuario, si no se ha extinguido todavía el usufructo se abonará al usufructuario los frutos acumulados, y, sobre el capital restante continuará el usufructo.

Para la enajenación de las acciones o para el ejercicio del derecho de separación de la sociedad, el criterio más prudente, defendido por Pantaleón, es el de que corresponde tal facultad al nudo propietario y al usufructuario conjuntamente⁸³. En su caso, lo mismo habría de predicarse para el usufructo de participaciones de Fondos de inversión, al igual que lo dicho acerca de la transmisibilidad a los herederos de los derechos no liquidados de un usufructuario fallecido.

Ahora bien, en mi opinión, como el valor de la participación es un valor liquidativo, creo que el vencimiento de los frutos se produce desde el momento que se incorporan a la participación, por lo que podríamos aplicar el modelo del usufructo de montes, y no necesariamente el de la liquidación final.

II. GANANCIALIDAD Y PARTICIPACIONES DE FONDOS DE INVERSIÓN

Como presupuesto básico hay que partir de que en el caso en que el régimen por el que se rigen las relaciones económicas de un matrimonio sea el de sociedad de gananciales (art. 1344 y ss. del CC), la presunción es la de ganancialidad de los bienes (art. 1355 CC)⁸⁴, frente a su posible carácter privativo, esto es, la enunciación que realiza el artículo 1346 respecto a cuáles son los bienes privativos debe ser objeto de interpretación restrictiva.

La atribución de ganancialidad determina automáticamente que el bien quede integrado en el régimen de gestión y disposición de los bienes gananciales, y en el ámbito de responsabilidad del patrimonio ganancial; sin embargo, este principio debe ser conjugado con otros dos criterios:

- a) En el régimen de cada bien o derecho adquirido sigue influyendo de alguna manera la relación jurídica básica determinada por

⁸³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario...*, *Op. cit.*, p. 89. Para GIL RODRÍGUEZ, J., *Op. cit.*, pp. 203-205, corresponde a aquel a quien corresponda el derecho de voto en la correspondiente J.G., oponiéndose acertadamente a la legitimación en todo caso del nudo propietario, tesis sostenida por URÍA-MENÉNDEZ, *ComLSA*, I, p. 479.

⁸⁴ ALBÁCAR, J. L. y TORRES LANA, J. A., *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, IV, Trivium, Madrid, 1992, p. , «Se habla de una cierta *vis atractiva* del caudal común que obliga a entender el término «ganancia» en sentido amplio... En especial, el juego de los artículos 1.355 y 1.361 parece dejar siempre una puerta abierta a la ganancialidad y mucho más estrecha a la privatividad».

el concreto título adquisitivo, y si ésta se estableció entre un tercero y uno solo de los cónyuges, el carácter ganancial del bien adquirido no puede menoscabar la posición del tercero en esa relación. Por ejemplo: la atribución de carácter ganancial a los frutos no cambia la duración del usufructo si uno solo de los cónyuges es el usufructuario (de cuya vida depende la misma).

b) Aunque lo común, en la sociedad de gananciales, es que la gestión y disposición del patrimonio se atribuye a ambos cónyuges, hay supuestos en que es suficiente para la gestión o disposición la actuación de uno sólo (por ejemplo: el cónyuge usufructuario puede disponer de los frutos, aunque éstos sean gananciales)⁸⁵.

El punto 2.º del artículo 1347 del CC señala que son gananciales: «*Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales*». Siempre y cuando sean devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1.349 CC), cualquiera que sea el título por el que se tiene derecho a los mismos.

El problema es determinar cuándo se ha devengado el fruto, esto es, cuando se adquiere o perfecciona el derecho a su percepción. La doctrina parece estar de acuerdo en entender que para que el fruto ingrese en la sociedad es necesario que se hayan liquidado, porque sólo es ganancial la ganancia efectiva⁸⁶, por tanto, únicamente será ganancial lo liquidado y percibido durante la sociedad de gananciales.

No es que a la sociedad de gananciales le corresponda el usufructo de los bienes privativos, no es lo mismo usufructo que ganancialidad⁸⁷, cada cónyuge conserva sus facultades respecto a sus bienes. «No obstante, para determinar qué son frutos y la medida en que los frutos son gananciales pueden tener supletoriamente aplicación analógica las reglas del usufructo y tanto las reglas del usufructo ordinario como, en su caso, las de los usufructos especiales» como también serán de aplicación las normas de la LSA referentes al usufructo de acciones en la medida que sean compatibles con las reglas de la comunidad de ganancias⁸⁸.

No obstante, el artículo 1349 del CC incurre en una aparente contradicción cuando establece que la privacidad del derecho de

⁸⁵ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 1.344», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 634-5.

⁸⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos*, IV, Bosch, Barcelona, pp. 375-6.

⁸⁷ DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, XVIII, 2.º, Edersa, Madrid, 1999, p. 159, «a pesar de esta remisión a las reglas del usufructo, no se puede decir que la sociedad de gananciales tenga un derecho de usufructo sobre los bienes y derechos de los cónyuges, ya que los frutos, rentas o intereses no ingresan automáticamente y por virtud de un derecho real en la sociedad de gananciales, siendo preciso que se liquiden los gastos efectuados para su producción».

⁸⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 1.347», *Op. cit.*, pp. 646.

usufructo no impide que los frutos sean gananciales pues si el contenido del usufructo es esencialmente el derecho a percibir los frutos, si tales frutos son gananciales ¿qué le queda al cónyuge de su patrimonio privativo si la nuda propiedad, en este caso, no le pertenece?

Aparentemente hay un vaciamiento de su derecho pero lo cierto es que el cónyuge titular del usufructo privativo sigue ostentando una posición principal ya que, en general, es el administrador de su derecho y, como tal, puede disponer de los frutos para, por ejemplo, hacer frente a las cargas que conlleva el usufructo⁸⁹.

Es conveniente hacer una consideración especial respecto al usufructo de títulos valores, ya que, como ha quedado dicho, generan frutos civiles que se entienden percibidos por días.

Así, respecto a títulos valores que produzcan un rendimiento fijo y a los dividendos repartidos por una SA⁹⁰, se pueden considerar cuatro situaciones en función del momento en el que se perciben y el tiempo al que corresponden:

1. Rendimientos percibidos por el usufructuario vigente la sociedad de gananciales y que correspondan al mismo período: no hay problema alguno, son, evidentemente, gananciales.
2. Rendimientos percibidos por el usufructuario vigente la sociedad de gananciales pero correspondientes a un período anterior a la misma: son privativos.
3. Rendimientos percibidos por el usufructuario vigente la sociedad de gananciales correspondientes en parte a un período anterior a la misma y en parte al período de vigencia: se repartirán como privativos y gananciales en la proporción que corresponda.
4. Rendimientos percibidos por el usufructuario extinta la sociedad de gananciales correspondientes en parte al período de vigencia y en parte a un período posterior a la misma: formarán parte del activo de la sociedad de gananciales los primeros, aunque todavía no se hayan cobrado, y serán privativos los segundos.

Por lo que se refiere a la liquidación final, establecida en el artículo 68 de la LSA, en la que tiene participación el usufructuario por el aumento de valor de las acciones por beneficios ordinarios que no se repartieron como dividendos sino que integraron las

⁸⁹ Para un estudio más detallado del artículo 1.349, *vid.* PRETEL SERRANO, J. J., «Artículo 1.349», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 650-4.

⁹⁰ Sigo el criterio de la distinción entre adquisición-atribución del dividendo (que tiene en cuenta el momento en el que el mismo es acordado), y la adquisición-pertenencia (que tiene en cuenta el período de obtención del beneficio). Es este último el que aquí nos interesa.

reservas expresas, «tal cantidad ha de estimarse ganancial pues es fruto devengado por el usufructuario»⁹¹.

El supuesto más normal es la extinción simultánea del usufructo y de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge usufructuario. En tal caso, son los herederos los que podrán exigir del nudo propietario las cantidades debidas, no obstante, el cónyuge supérstite podrá pedir que se incluya la correspondiente cantidad en el activo de la sociedad de gananciales.

Se produce una situación más compleja cuando se extingue la sociedad de gananciales pero el usufructo queda subsistente. La solución podría ser:

a) Entender que como ese aumento de valor ha sido con cargo a beneficios, aunque no repartidos, la sociedad de gananciales tiene derecho al mismo en la proporción de tiempo que corresponda como si de un fruto civil acumulado se tratase.

b) Considerar que como no ha habido efectivo reparto y el usufructuario todavía no puede pedir nada, aún no se ha producido el devengo para la sociedad de gananciales y la cantidad, cuando sea cobrada –en el momento de la liquidación del usufructo– pertenece en exclusiva al cónyuge usufructuario (que puede ser cónyuge viudo o no, no lo será cuando, por ejemplo, el motivo de la disolución de la sociedad de gananciales ha sido haber pactado un régimen económico matrimonial distinto).

Creo que esta última solución es más acertada, ya que los frutos todavía no son líquidos, el vencimiento tiene lugar después de terminado el usufructo, con la sociedad de gananciales ya extinta, por lo cual no pueden ingresar en el patrimonio ganancial. Hay que recordar aquí que no tienen necesariamente que coincidir las reglas del usufructo y las de la ganancialidad.

Un supuesto en el que hay diversidad de criterios doctrinales sobre si coinciden usufructo y ganancialidad es en el caso de los bosques maderables.

Para unos no coincide, el artículo 485 del CC reconoce el derecho del usufructuario a las «cortas ordinarias», y, por la doctrina se han considerado las cortas como si de auténticos frutos civiles se tratase, como un fruto especial, pero ello viene a confirmar que no son propiamente frutos, por lo que se les puede negar su carácter ganancial cuando el bosque sea un bien privativo⁹².

⁹¹ PRETEL SERRANO, J. J., «Artículo 1.349», *Op. cit.*, 653.

⁹² *Vid.* ALBÁCAR, J. L. y TORRES LANA, J. A., *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, IV, Trivium, Madrid, 1992, p. 915, para quienes el concepto de fruto se revela decisivo «por la amplitud de su sentido y porque, a su través, se resuelven negativamente algunas cuestio-

Por el contrario, para De los Mozos «hay que tener en cuenta que los árboles son a la vez fruto y producto. Por tanto, si las cortas responden a un plan racional de aprovechamiento del monte, se considerarán gananciales y, en caso contrario, los productos serán privativos»⁹³. Me parece más ajustada esta última solución.

Sin embargo, respecto a las participaciones de fondos de inversión privativas considero que el incremento de valor de la participación se debe a la acumulación de los frutos de las mismas siendo perfectamente identificable el capital inicial y los rendimientos que se han ido agregando al mismo⁹⁴. De aquí se puede extraer ya una conclusión para las participaciones de fondos de inversión si son privativas de uno solo de los cónyuges: la cantidad o valor inicial, al tiempo de principiar la sociedad de gananciales, es propiedad del cónyuge titular del derecho de propiedad, el aumento de valor (frutos acumulados) es bien ganancial o pertenece a la sociedad de gananciales.

Por otra parte, el artículo 1352 del CC establece una excepción a la disciplina general de las llamadas «adquisiciones mixtas», cuando tienen lugar a título oneroso, contenida en el artículo 1354 CC⁹⁵, de tal forma que «*Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho de suscribir*», ahora bien, «*Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a beneficios, se reembolsará el valor satisfecho*».

Con ello, como dice Lacruz, «la porción de beneficios de una sociedad reinvertida en ella misma, es decir, que ha pasado a cuenta de reservas, en principio queda de la exclusiva propiedad de los accionistas (del cónyuge accionista en su caso). Y esto no es justo, por cuanto permite sustraer a la comunidad conyugal esa fracción de los beneficios sociales que, afectada a las reservas, podrá ser dis-

nes puntuales no previstas en los artículos anteriores –v.g. no son frutos–, y por tanto, no son bienes gananciales ni el incremento leñoso de los montes maderables ex art. 485 ni el aumento de valor de cotización de unas acciones en Bolsa, punto éste que en cierta medida ha sido entrevisto por el legislador en el artículo 1.359».

⁹³ DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario...*, *Op. cit.*, p. 163.

⁹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Artículo 1347», *Op. cit.*, p. 647, plantea la hipótesis en que en los distintos vencimientos (de un préstamo, por ejemplo) se refunden capital (siendo el crédito privativo) e intereses, y concluye que «si del contrato (como ocurrirá en los préstamos) resultan, no obstante, distinguidas las cantidades y los conceptos (cuadro de amortización), cada una tendrá su propia calificación (la cantidad que responde al principal es privativa y la de los intereses, gananciales).

⁹⁵ Artículo 1354 del CC: «Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas».

tribuida más tarde bajo la forma de acciones nuevas»⁹⁶. El reembolso que, como compensación, se establece en el párrafo segundo, no recomponen en muchos casos el equilibrio⁹⁷.

Cuando se emitan acciones con cargo a beneficios y no haya que efectuar desembolso alguno para adquirirlas, el reembolso consistirá en el valor nominal de las nuevas acciones, la plusvalía que adquieran los nuevos títulos, en su caso, incrementará el patrimonio privativo.

No obstante no creo que sea este artículo, ni tampoco el 1360 del CC, el que hay que aplicar al incremento de valor de participaciones de fondos de inversión privativas para resolver si ha de considerarse ese incremento ganancial o privativo (si el régimen económico conyugal es el de gananciales), sino el artículo 1347 CC, al representar ese incremento los frutos acumulados de las participaciones.

A efectos fiscales, en cuanto a la individualización de los rendimientos, no se siguen los mismos criterios que en la legislación civil. Aunque los ingresos, según dicha legislación, sean comunes a ambos cónyuges, la norma fiscal obliga a imputarlos exclusivamente al titular del bien. Así, los rendimientos derivados de un bien privativo de uno de los cónyuges, que conforme a las normas civiles pertenecen a la sociedad de gananciales, se entienden obtenidos, a efectos fiscales, por el cónyuge titular del bien privativo.

III. PROBLEMAS SUCESORIOS Y FISCALIDAD

A) *Derecho sucesorio*

Un problema que se puede plantear en regiones forales, o con derecho civil propio –en especial, en materia de sucesiones– es en relación con instituciones como el poder testatorio (Derecho vizcaíno) o la fiducia sucesoria (Derecho aragonés y navarro⁹⁸). En estos casos, cuando el comisario o fiduciario es el cónyuge supérstite, normalmente gozará del usufructo vidual, y como usufructuario le

⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos*, *Op. cit.*, IV-2, p. 393.

⁹⁷ DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario...*, *Op. cit.*, p. 226. Para LACRUZ BERDEJO, J. L., (*Op. cit.*, IV-2, pp. 393-4) la solución no es del todo justa ya que «económicamente esta reinversión conserva el carácter que tenía antes de su destino al fondo de reserva: constituye siempre una ganancia, que, como tal, hubiera debido recaer en la comunidad de gananciales y le ha sido confiscada».

⁹⁸ Ley 287 del Fuero Nuevo de Navarra: siendo el fiduciario el cónyuge o los ascendientes del causante «en tanto no hubieran cumplido su mandato, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto. Cuando se trate de otros fiduciarios, se aplicarán las reglas de la comunidad hereditaria entre los llamados, pero si alguno de éstos es menor o incapaz, se requerirá para los actos de disposición el consentimiento de los adjudicatarios».

corresponderá la administración de los bienes⁹⁹ y la adquisición de los frutos.

Además, el usufructo universal de las regiones forales no es un usufructo ordinario (individual) sino un usufructo de gobierno familiar, de gestión patrimonial¹⁰⁰. Se trata del derecho de viudedad aragonés, del usufructo de fidelidad navarro, etc., reforzados, en el caso al que nos referimos, con facultades fiduciarias.

En estos supuestos ¿Qué consideración tendrá un acto del comisario/fiduciario que quiera desinvertir en un Fondo que ya no es muy productivo –caso de los FIAMM en la actualidad– para, a continuación, volver a invertir esa cantidad en un Fondo más rentable?

En los casos de Navarra y Aragón parecen más amplios los términos de la ley en cuanto a las facultades del cónyuge fiduciario (Ley 287 del FNN y artículo 138 de la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Aragón, de Sucesiones por causa de muerte)¹⁰¹.

Me centro especialmente, por tanto, en el cónyuge comisario sujeto al Derecho foral vizcaíno, o que aún rigiéndose por el Código civil –caso de los que tengan vecindad civil en las villas– se hayan acogido a la posibilidad que les ofrece la LDCFPV–en lo que se refiere al testamento por comisario.

La postura de los Bancos en principio será la de buscar la mayor seguridad jurídica, considerando este acto como un acto de disposición y, por lo tanto, exigiendo que sea el nudo propietario el que venda o reembolse las participaciones, ya que si consintiera el reembolso por el administrador-usufructuario y se acredita más

⁹⁹ En el caso del poder testatorio vizcaíno: si no se ha nombrado otro administrador por el testador (art. 40 LDCFPV).

¹⁰⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones I Fundamentos*, Madrid, Cívitas, 1982, p. 348, así lo entiende por «las amplias funciones de gobierno, gestión y dirección del patrimonio familiar concedida al usufructuario, dotándole así de mayor arbitrio y otorgándole mayor confianza». Para GARCÍA-GRANERO, J., («Domna et domina, potens et usufructuaria», *Anuario de Derecho Foral II*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1976-7, pp. 97-322) «Para ello se apela a una verdadera ficción: la de considerar subsistente la entidad familiar no obstante la muerte del jefe de la casa; la comunidad subsiste concentrada en la viuda *domina et usufructuaria*».

¹⁰¹ Respecto al supuesto que se permite en el artículo 138 de la Ley de Sucesiones Aragonesa –la enajenación a título oneroso– son tres los casos en que se permite al fiduciario la disposición de los bienes y derechos hereditarios sujetos a fiducia:

- Si el comitente le hubiera autorizado a ello.
- Para atender el pago de las obligaciones y cargas de que responde el caudal.
- Y cuando lo juzgue conveniente para sustituirlo por otros.

A juicio de la Comisión redactora de la Ley (*Ley de Sucesiones. Comentarios breves*, Librería General, Zaragoza, 1999, p. 117) se ha de observar «la gran amplitud que se da a este supuesto, que hará difícil una impugnación basada en la mera discrepancia de criterio con el fiduciario, que es a quien la Ley encomienda ese juicio».

El acto de disposición no pone fin a la fiducia, ya que la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados (art. 138.2).

tarde un perjuicio a un tercero interesado, éste podrá exigir responsabilidades al banco.

Sin embargo, esta postura conllevaría –en los supuestos antedichos– la necesidad de efectuar una donación de esos bienes a favor de alguno de los posibles herederos, o bien, una adjudicación parcial de la herencia, para que sea éste el que realice el reembolso; y ese tipo de actos de disposición puede no convenir en un momento dado, ya que en caso de poder testatorio a favor del viudo, o fiducia sucesoria, éste puede posponer la designación de sucesor/es en los bienes del cónyuge premuerto hasta el final de sus días, haciéndolo en su propio testamento, manteniendo –de esta forma– la unidad del patrimonio conyugal.

Así, por razones de orden práctico, podríamos intentar defender que se trata de un acto de extraordinaria administración, como lo es también, por ejemplo, la constitución de un crédito hipotecario para proceder a la renovación de un inmueble que si no se va a malograr, o incluso, el sacar el dinero de un banco –que te da por tenerlo en una cuenta corriente el 2 por 100– para pasarlo a otro banco que te da por el mismo depósito un 5 por 100 (no para consumirlo que sería acto de disposición).

Hay notarios que, para el caso de otorgamiento de poder testatorio a favor del cónyuge, incluyen una cláusula por la que se señala que se conceden las facultades de administración al cónyuge viudo comisario «y aquellas de disposición que conlleve la administración». También esta amplitud de facultades puede ser expresada por el propio otorgante del poder.

Caso que no se hubieran formulado previsiones de este tipo, podemos plantearnos la posibilidad de que los destinatarios futuros de esos bienes habiliten al cónyuge viudo administrador, mediante el otorgamiento de un poder general, o especial al efecto, para realizar cuantos actos de disposición sean necesarios para la buena gestión del patrimonio, o bien, para realizar ese concreto acto de disposición. A esta posibilidad se pueden oponer las siguientes argumentaciones:

a) Sería como disponer de una «expectativa de derecho», ya que puede que luego a alguno de ellos no se le nombre heredero.

b) Estos poderes son revocables en cualquier momento por quienes los otorgaron.

c) A efectos fiscales, Hacienda podría intentar liquidar impuesto de Sucesiones sobre esa parte.

Respecto a la primera argumentación podríamos alegar que sí cabría poder específico otorgado por todos los posibles herederos

porque en el Derecho vizcaíno la legítima es colectiva, y alguno de ellos va a ser necesariamente el heredero¹⁰². Las otras dos razones son de orden práctico a las que no opongo argumentaciones en el plano teórico.

Una postura flexible sería el considerar este tipo de actos como actos de administración, siempre y cuando haya un control por parte del banco sobre el destino de la inversión, es decir, que se reinvierta en otro fondo –incluso en otro banco¹⁰³– no cuando haya reembolso en dinero con una finalidad de consumo.

En ejercicio del cargo de cónyuge viudo comisario, caben adjudicaciones parciales¹⁰⁴, lo que supone una aceptación tácita de la herencia por parte del cónyuge viudo comisario. Supongamos que forman parte de la herencia yacente unos fondos de inversión que son de los que queremos disponer en este momento (reunidos comisario y heredero se acuerda la venta o reembolso), pero no propiamente de la propiedad de las participaciones de esos fondos, sino solamente de la nuda propiedad de las mismas reservándonos el derecho de usufructo que teníamos respecto a las mismas. ¿Es posible este tipo de disposición? ¿Cuál es el momento que hay que tomar en consideración para la valoración de los bienes adjudicados?

Respecto a la primera pregunta he de contestar afirmativamente, ya que entiendo que aunque el usufructo que se adjudica al cónyuge viudo comisario, por disposición legal, respecto al caudal hereditario de su consorte premuerto, se extingue parcialmente respecto a los bienes de los que se dispone de forma automática (*ope legis*)¹⁰⁵, puede ocurrir que se superponga un usufructo universal y vitalicio a favor del cónyuge viudo otorgado voluntariamente, por vía de legado, por el causante premuerto, y éste no se extingue por el acto de disposición, sino que ese acto de disposición meramente significa una concreción de quién es el nudo propietario de esas participaciones en fondos. Además, cabe, en estos casos, disposición de la sola nuda propiedad, y, en la práctica, se está haciendo, reservándose el viudo comisario el usufructo.

Por lo que se refiere a la segunda pregunta, aunque en el momento del fallecimiento se ha de realizar el inventario de los bienes –fijando el valor de los mismos– es doctrina reiterada que el valor de los bienes se fija definitivamente en el momento de la par-

¹⁰² Ahora bien, serán tanto los hijos como los nietos, si los hubiere.

¹⁰³ Para que haya un control habrá de ser del mismo grupo. No es un mero traspaso como en los Fondos de Pensiones, en los que no significa venta, sino que aquí hay que vender para poder comprar en el nuevo fondo.

¹⁰⁴ También en el Derecho aragonés, artículo 139.2 de la Ley 1/1999.

¹⁰⁵ Artículo 45 de la LDCFPV, en relación con el 105.2 de la misma Ley.

tición y adjudicación de los mismos ¿Qué ocurre si ha pasado ya un tiempo, vamos a poner por caso unos años, y se ha producido efectivamente un cambio en el valor de los bienes? ¿Podemos considerar que esa variación supone unos frutos y que, por lo mismo, han de ir a parar al usufructuario?

1. Si el usufructo se extinguiera con la disposición:

a) Según la teoría de que las participaciones no generan frutos, tendríamos que el usufructuario no recibiría nada en concepto de usufructo.

b) Según la postura de la D.G.T. y la doctrina de la DGRN: las ganancias producidas desde la constitución del usufructo hasta hoy son para el usufructuario, al tener la consideración de frutos civiles, y, el resto: devolución del valor inicial (actualizado, habrá que añadir), para el nudo propietario.

2. Si el usufructo no se extingue con la misma:

a) Si seguimos la primera postura, no recibiríamos nada en concepto de usufructo de las participaciones por los años transcurridos, pero si se produce el reembolso de las participaciones, al continuar el usufructo, lo hará respecto al bien o valores en los que se invierta el capital recibido con el reembolso¹⁰⁶.

b) Si seguimos la segunda, materializaremos los beneficios por el usufructo respecto de los años transcurridos –recogida de los beneficios incorporados al valor de la participación durante ese tiempo–, y respecto al capital restante, que va al nudo propietario, mantenemos un derecho de usufructo por los años que queden.

En el tema del poder testatorio, siendo el comisario el cónyuge viudo, hay que tener en cuenta que al disponer hacemos una liquidación –total o parcial– de la sociedad de gananciales o del régimen de comunicación¹⁰⁷ (que pervive entre el cónyuge, por un lado, y los posibles herederos –hijos y nietos–, por el otro). De tal forma que reembolsando participaciones de fondos de inversión de carácter ganancial o de bienes comunicados, por un valor de 30 millones, por ejemplo, 15 millones serán para el cónyuge viudo en virtud de la liquidación del régimen económico matrimonial, y los otros 15, serán los que debe adjudicar a alguno de los hijos o nietos. Sobre estos quince millones pervive el usufructo por lo que tendrán

¹⁰⁶ Pongamos por caso que el bien a usufructuar es una vivienda (en lugar de participaciones de fondos de inversión), que entre el momento del fallecimiento al momento de la adjudicación han pasado ocho años, y el valor de la misma ha pasado de 40 a 50 millones. Los 10 millones de plusvalía no son fruto sino que lo único que representa es que, ahora, el usufructuario tendrá el usufructo sobre una vivienda de 50 millones, o si se vende, sobre los 50 millones o el bien en el que se inviertan; y hasta ese momento habrá podido usar y disfrutar de la vivienda, bien directamente, o bien recibiendo las rentas por alquiler en el supuesto de que la vivienda estuviera alquilada.

¹⁰⁷ En Vizcaya uno y otro son los regímenes supletorios, a falta de pacto, el primero en las villas y el segundo en la Tierra Llana o Infanzonado.

que decidir entre usufructuario y nudo propietario en dónde invertir ese dinero, o bien, el usufructuario si presta fianza.

B) *Fiscalidad*

Lógicamente solamente será recomendable la constitución o el mantenimiento de un usufructo sobre participaciones de un Fondo de inversión cuando fiscalmente sea interesante.

Esta posibilidad –que la consideración de los rendimientos de los fondos pueda ser más beneficiosa que su consideración como incremento patrimonial– puede darse, con el régimen fiscal establecido por la nueva Ley de IRPF¹⁰⁸, aplicable a partir del 1 de enero de 1999, en el supuesto de que el usufructuario tenga rentas bajas o medias bajas (hasta 4.100.000 pesetas)¹⁰⁹ y que el reembolso de las participaciones se realice habiendo transcurrido dos años desde la constitución del usufructo, ya que, en virtud de la aplicación del artículo 24.2.a) de la Ley 40/1998¹¹⁰ puede practicarse una reducción del 30 por 100 sobre el rendimiento neto.

El tratamiento de las rentas de capital, constituyendo un usufructo, puede interesar a las rentas bajas que en lugar de ir al tipo fijo del 20 por 100 (tributación por la plusvalía generada por la venta de participaciones en caso de que hayan transcurrido más de dos años) puede ocurrir que vayan a un tipo inferior o muy parecido.

Como respecto de la retención ya se han asimilado prácticamente ambos regímenes: las rentas de capital soportan una retención, según los casos del 18 por 100 ó del 25 por 100; y las ganancias de capital por reembolsos de participaciones de Fondos de inversión, soportan una retención al tipo fijo del 20 por 100¹¹¹, y se han eliminado los coeficientes reductores y del coeficiente de actualización de los incrementos generados por las participaciones (salvo excepciones como en las normas fiscales del territorio Foral de Vizcaya, donde se mantiene éste último), la diferencia está en el tipo de gravamen y, por ello, en el montante final a pagar a Hacienda.

Por otra parte, en materia de retenciones, creo que la propuesta antes hecha de posibilitar reembolsos parciales al usufructuario de participaciones de FFII, que haya prestado fianza, facilitaría la cuestión, ya que, de otra manera, si únicamente puede reembolsar el nudo propietario, éste va a ser, en definitiva, quien soporte la retención primeramente, y luego, deberá procederse a las compen-

¹⁰⁸ Ley 40/1998, de 9 de diciembre.

¹⁰⁹ BARRERO, M., *Inversión y Capital*, núm. 284, Madrid, 1999.

¹¹⁰ Desarrollado en el artículo 20 del RD 214/1999, de 5 de febrero.

¹¹¹ Artículo 89 del RD 214/1999, de 5 de febrero.

saciones entre las partes, si el que ha participado en los beneficios es el usufructuario, con las complicaciones que ello supone: momento en el que ha de realizarse la compensación, etc.

En la mayor parte de los casos de un usufructo constituido *mortis causa* convendrá vender, y que con el dinero obtenido el usufructuario compre sus propias participaciones, para evitar se le aplique el régimen de las rentas de capital si le perjudica. Es importante tener en cuenta que cambiando de producto financiero, pero manteniendo su situación de usufructuario respecto a la nueva inversión, no mejoraría su fiscalidad.

No importa, si se quiere reinvertir en nuevas participaciones, que la participación en el momento de reembolso esté baja, porque como la suscripción de nuevas participaciones se hará más o menos con dos días de diferencia, la diferencia no será muy grande, y si ha habido minusvalías (valor el día de reembolso-valor el día del fallecimiento del causante), éstas pueden compensar otras plusvalías a efectos de IRPF. En cualquier caso, si se quieren mantener las participaciones, se puede conmutar al usufructuario en participaciones y no en dinero, con lo que este proceso se simplifica.

Si el usufructo se constituyó por testamento, normalmente la voluntad del testador es la de favorecer al usufructuario concediéndole el derecho a percibir los rendimientos de las participaciones sin tener que depender de la voluntad de el/los nudo/s propietario/s. Si queda establecida la posibilidad de reembolsos periódicos, o parciales, por el usufructuario, en el título constitutivo, o bien, se acepta la tesis propuesta, no habría ningún problema.

En caso contrario, ante esta situación, podemos sugerir varias fórmulas de actuación que, respetando la voluntad del testador, hacen posible que las partes afectadas (nudo propietario y usufructuario) de mutuo acuerdo den una salida conforme a derecho y que, a su vez, se desbloquee la situación.

1. La fórmula más utilizada a la que podrían acudir de mutuo acuerdo el/los nudo/s propietario/s y el usufructuario consistiría en conmutar o capitalizar el usufructo. En general los usufructos de este tipo se constituyen por herencia, con relación al usufructo vitalicio, para el cual está expresamente prevista la posibilidad de conmutación, y como una modalidad de ésta la capitalización en efectivo –art. 839 CC.

Para la valoración en pesetas del derecho de usufructo hay que realizar una serie de operaciones. Las reglas que se siguen están recogidas tanto en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, en su artículo 26.a); como en la

Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, de 24 de septiembre de 1993, en su artículo 10.2.a) (para las transmisiones a título oneroso)¹¹². Distinguimos si el usufructo tiene carácter vitalicio o temporal.

Para el primer caso, el valor del usufructo será el 70 por 100 del valor total de las participaciones usufructuadas, siempre y cuando el usufructuario cuente con menos de 20 años, minorándose el porcentaje en la proporción de un 1 por 100 por cada año más que tenga el usufructuario y con un límite mínimo del 10 por 100 del valor total.

Por ejemplo, suponiendo que el usufructuario cuenta 72 años de edad y el valor total de las participaciones usufructuadas es de 1.000.000 de ptas., tendríamos que:

- El porcentaje en que habría que reducir el valor máximo de un usufructo vitalicio (70 por 100 del valor total de las participaciones) sería: $70 - 19 = 53$.
- El usufructo de una persona de 76 años será: $70 - 53 = 17$ por 100 del valor total, equivalente a 170.000 pesetas en el caso del ejemplo¹¹³.

Estas reglas, en alguna medida son injustas, porque darle a una persona de 92 años el 10 por 100 es muchísimo, y en cambio, darle a una persona de 45 años el 44 por 100 es demasiado poco. En realidad es un negocio aleatorio, el de la comutación, pero, en cualquier caso, habría que cambiar las tablas para adaptarlas a la realidad social, en particular, al hecho de la gran longevidad de la generalidad de las personas.

Si el usufructo es temporal, la regla de valoración (recogida en las mismas leyes citadas) será la siguiente:

- El valor porcentual del usufructo se determinará multiplicando el número de años de duración por dos, sin que el resultado pueda exceder del 70 por 100. Por ejemplo, suponiendo que el usufructo se ha constituido por un periodo de cinco años y que el valor de las participaciones usufructuadas es de 1.000.000 de pesetas, tendríamos que el valor del usufructo sería $2 \times 5 = 10$ por 100 del valor total de las participaciones, equivalente a 100.000 pesetas en el caso del ejemplo.

Una vez valorado el usufructo y siguiendo el ejemplo anterior, bastará con que el/los nudo/s propietario/s entreguen al usufructua-

¹¹² Se puede comercializar cualquier posición patrimonial.

¹¹³ A esta misma valoración del usufructo vitalicio llegamos aplicando la regla más sencilla de restar a 89 la edad del usufructuario ($U = 89 - e$), según la DGT en consulta de 27/2/1995, que sale al paso de la práctica errónea de aplicar la fórmula $U = 90 - e$.

rio el 17 por 100 (si es vitalicio) o el 10 por 100 (si es temporal) del valor total que tengan esas participaciones.¹¹⁴

A mi juicio, si han pasado ya unos años antes de hacerse la conmutación, aunque la valoración del usufructo por los años que queden sea inferior, lógicamente habrá que compensar al usufructuario por los frutos que se han acumulado con anterioridad y que ha dejado de percibir, o bien, hacer extensiva la conmutación al conjunto de años de disfrute, tomando como fecha inicial el día en el que comenzó el usufructo, y no la fecha en la que se realiza la conmutación.

2. Una segunda fórmula es optar por conmutar o capitalizar en participaciones. El cálculo para la valoración es exactamente el mismo que para el caso anterior, y siguiendo el ejemplo propuesto, el valor del usufructo se hará efectivo entregando al usufructuario el 17 por 100 (vitalicio) o el 10 por 100 (temporal) de las participaciones usufructuadas, quedando el resto en pleno dominio a nombre de el/los nudo/s propietario/s y extinguiéndose igualmente el usufructo.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, el documento en que se recoja el acuerdo de capitalización habrá de ser presentado ante la Administración Tributaria a fin de proceder a satisfacer el Impuesto correspondiente o, en su caso, obtener la declaración de exención del Impuesto, debiendo acreditarse el cumplimiento de este requisito ante la Sociedad Gestora.

En ambos casos se extingue el usufructo, consolidando el nudo propietario la nuda propiedad, manteniendo la antigüedad por la fecha de adquisición de las participaciones, no por la fecha en que se ha consolidado la plena propiedad.

En el caso en que la entrega de las participaciones que correspondan al usufructuario no se haga en ese momento, sino que –de hecho– se posponga la partición en el tiempo, nos encontramos con una situación de comunidad pro-indiviso, en la que se ha adjudicado, por ejemplo, el 15 por 100 al usufructuario y el 85 por 100 al nudo propietario de 8.248,036 participaciones sobre el fondo de inversión colectiva.

En este caso, si no se pacta lo contrario, deberán actuar los cotitulares conjuntamente, mancomunadamente, para poder proceder a los reembolsos, y, se exigirán las dos firmas siempre, para prote-

¹¹⁴ Si el usufructo se ha constituido por herencia, habrá que dar al usufructuario el tanto por 100 que le corresponda sobre el valor de las participaciones con relación al día del fallecimiento del causante, atendiendo a que «El derecho de usufructo sobre la participación se extiende a todo rendimiento –fruto civil– que produzca el objeto usufructuado, desde el día en que nace el derecho de usufructo hasta el momento de su extinción (artículos 471, 472, 475, 354 a 357 del CC)».

ger sus derechos respectivos. La instrucción al Banco será irrevocable por uno solo de ellos.

Ahora bien, ninguno de los copropietarios estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común (*actio comuni dividundo*, art. 400 CC). La división la pueden hacer por sí mismos, o por árbitros o amigables componedores (v.g., un notario), según el artículo 402 CC. En cualquier caso, es recomendable evitar esta situación de condominio, y basta para ello hacer la partición en un primer momento, cuando se han fijado los porcentajes correspondientes, cambiando la titularidad de las participaciones, unas a nombre del que tenía el derecho de usufructo y las demás a nombre del que tenía el derecho a la nuda propiedad.

3. La tercera solución sería que el nudo propietario y el usufructuario celebren un contrato privado por el que se establezca un «programa de reembolsos periódicos», con un doble efecto:

- El nudo propietario irá rescatando el valor de las participaciones que se le dejaron en herencia.
- El usufructuario percibirá como rendimientos de esas participaciones el incremento del valor liquidativo que vayan experimentando como consecuencia del normal funcionamiento del Fondo.

Este último caso puede dar lugar a incumplimientos por parte del nudo propietario que no se ajuste el programa de reembolsos periódicos. Para asegurar que efectivamente se van a hacer los reembolsos se pueden establecer unas garantías, la más común es la prenda o pignoración de la totalidad o parte de las participaciones de que se es propietario en el fondo de inversión.

La prenda se ha de comunicar a la Sociedad Gestora y a la Entidad Depositaria, debiendo éstas proceder a «bloquear» y separar las participaciones afectadas, haciéndolas indisponibles para el partícipe.

Hay que destacar que, en el contrato de pignoración y con el fin de simplificar los trámites de la ejecución de la prenda, deberá pactarse que, incumplida la obligación garantizada, el acreedor podrá solicitar directamente de la Sociedad Gestora el reembolso de las participaciones, sin necesidad de tener que hacer un previo y formal requerimiento de pago al partícipe.

Otra posibilidad es dar una instrucción de actuación al banco, mediante una simple carta de comunicación de la misma, en la que se establezca el bloqueo del Fondo para reembolsar si no constan las firmas de conformidad con el reembolso de usufructuario y

nudo propietario, es decir, la imposibilidad de éste último para vender por sí solo.

Ahora bien, no me parece una garantía suficiente, puesto que a pesar de que siguiendo la doctrina civilista para todo acto de disposición –respecto a la plenitud de facultades que integran el derecho de propiedad sobre un objeto– deben concurrir nudo propietario y usufructuario (para el caso de que se haya constituido un usufructo sobre la misma), la realidad fáctica es que la Administración sostiene que pedir el reembolso es derecho exclusivo del nudo propietario, y por tanto cabría revocación unilateral de la renuncia –que había efectuado con anterioridad– de su derecho de disposición por sí solo. Además, de hecho, los programas informáticos de muchos bancos no contemplan la posibilidad de incluir la figura del usufructuario con lo que sus derechos pueden quedar fácilmente desatendidos si no establecemos otro tipo de garantía.

4. Por último, tendríamos la posibilidad de que una vez se haya heredado, por parte de los herederos nudo propietarios se haga donación a el/la usufructuario/a de la nuda propiedad de las participaciones en el/los fondo/s de inversión. En Vizcaya (N.F. 3/1997, de 10 de abril), Álava (N.F. 25/1989) y Guipúzcoa (N.F. 3/1997, de 23 de mayo) está declarada la exención de aquellas donaciones realizadas entre familiares directos: cónyuge, ascendientes, descendientes, adoptantes y adoptados; (en virtud de las posibilidades que les ofrece el concierto económico). En Navarra se tributa sólo al 0,8 por 100 en este caso¹¹⁵ (autonomía financiera que deriva de la L.O. de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y como consecuencia de ésta, del convenio económico Estado-Navarra).

Pues bien, esta puede ser la mejor solución si se prevé que no va a haber necesidad de vender esos fondos durante los años de vida del usufructuario (en general, el cónyuge viudo), ya que –a efectos fiscales– el incremento producido en el valor de las participaciones durante los años que las tenga el que antes era simple usufructuario (viudo/a), cuando muera y las hereden nuevamente quienes las habían donado (generalmente, hijos/as) no va a estar sujeto a tributación en IRPF, pues se considera plusvalía del muerto. El valor inicial, a efectos de plusvalía o ganancia patrimonial, respecto de los

¹¹⁵ No en pago del impuesto de Sucesiones y Donaciones, respecto del cual están exentas, sino del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aplicándoseles el tipo especial del 0,80 por 100 sobre la cantidad declarada exenta, aun cuando consten en documentos privados (Ley Foral 9/1992, de 23 de junio, de Presupuestos Generales de Navarra, art. 191, núm. 2, párrafo 2.º).

herederos, es el del día del fallecimiento del titular de los fondos de inversión.

Hay gente que, aunque se haya realizado la partición a efectos fiscales, de hecho no materializan esa partición, y, así, se queda el/la viudo/a con la plena administración de todo el patrimonio, aunque no haya mediado donación. En este caso, además de los problemas de orden práctico que se pueden derivar de la necesidad de autorización por cada uno de los nudo propietarios para poder reembolsar las participaciones, entiendo que si no se venden las participaciones, y por herencia pasa el usufructo a los nudo propietarios, respecto a quienes se extingue al consolidarse la plena propiedad, al no haberse hecho efectivo ese derecho –reclamando los frutos– la ganancia patrimonial se hará efectiva en el momento que reembolsen esas participaciones quienes ya eran los titulares de las mismas, respecto a los que no juega la plusvalía del muerto respecto al último fallecido, que no era el titular de las participaciones, a no ser que se hubieran adjudicado a su parte de herencia en propiedad; por lo que para ellos la fecha inicial a tener en consideración es la fecha en la que se adquirieron en su día esas participaciones por la herencia anterior.

Por otra parte, como es conocido, el usufructo puede también constituirse *inter vivos*: por donación, para favorecer a alguien por una temporada sin perder el capital invertido, o por contrato, para obtener un dinero producto de la venta del derecho temporal de usufructo de las participaciones. En estos casos, al nudo propietario no le interesa la conmutación de ese usufructo, porque precisamente su voluntad ha sido la de constituir ese usufructo, y, en ambos casos, ha sido aceptado por la otra parte.

En la actualidad, dada la consideración de las donaciones del usufructo como una alteración patrimonial (ganancia) para el donante en el ejercicio en el que lo haga, es más conveniente, cuando la donación tiene por objeto la planificación fiscal, la donación de la nuda propiedad (v.g., a hijos sin rentas) reservándose el donante el usufructo del bien.

En los Fondos garantizados, en los que no es conveniente reembolsar en los años establecidos para no perder la garantía (la garantía no es transmisible *inter vivos*, pero generalmente si lo es *mortis causa*) y no tener que soportar comisiones de reembolso fuertes, puede ocurrir que convenga mantener el usufructo durante ese plazo, y no conmutarlo, hasta llegar al término establecido para la vigencia de la garantía.

El efectivo recibido como compensación por no haberse llegado a la rentabilidad garantizada, es un rendimiento de capital

mobiliario, y, por tanto, susceptible de ser recibido por el usufructuario¹¹⁶.

El hecho de que la garantía tenga carácter personal, que sea intransmisible *inter vivos* ¿Impide la solución propuesta? Entiendo que no, porque no hay realmente transmisión de participaciones, ni cambio de la titularidad de la garantía al usufructuario, sino que simplemente la adquisición-atribución del producto de la garantía será para el nudo propietario, pero éste se lo tendrá que compensar al usufructuario, que es al que puede corresponder realmente la adquisición-pertenencia de ese rendimiento.

Cuando los Fondos están sujetos a un plan de reembolsos periódicos, generalmente, se reembolsa capital y no sólo beneficios producidos. Aunque al titular se le dé una cantidad fija, habrá que ver qué parte es devolución de la inversión inicial, y qué parte corresponde a beneficios.

Por último, una breve referencia a los *Unit Linked*¹¹⁷, en plena expansión en nuestro país en la actualidad. ¿Cabe constituir un usufructo sobre un producto de este tipo?, o más bien, ¿Cabe constituir un usufructo sobre los fondos en los que se invierta la mayor parte de la prima pagada por un *Unit Linked*?

A esta última pregunta debo contestar negativamente y la razón es muy simple: al contratar un producto de este tipo, estamos contratando un seguro de vida y no otra cosa; es decir, un producto unitario. Y no podemos distinguir: por una parte un seguro de vida y por otra, un fondo/s de inversión, a efectos de gravar las participaciones que nos correspondan de éstos con un usufructo. Además, el tomador no es propiamente partícipe de los fondos de inversión en los que se ha invertido, sino que la Compañía de seguros está interpuesta entre ambos.

Otra cosa es la posibilidad de beneficiarios parciales (es decir, de pluralidad de beneficiarios) y, por ello, de constituir algo parecido, en sus efectos, a un usufructo. Así, podemos establecer que se sea beneficiario de un porcentaje concreto de los rendimientos obtenidos, ya que si establecemos que se sea beneficiario también en parte de la devolución de la inversión inicial nos alejaríamos de

¹¹⁶ Por ejemplo, en los supuestos de fondos garantizados mediante una operación de swap instrumentada por una institución de Inversión Colectiva (IIC) extranjera: el total resultado obtenido por el partícipe se considera rendimiento de capital (*Memento práctico Francis Lefebvre*. Fiscal 1998, núm. 494, p. 79).

¹¹⁷ La Ley 30/1995, de Ordenación del Seguro Privado, contempla la posibilidad de Seguros de vida asociados a Fondos de inversión. Fiscalmente, tienen la consideración de seguro a todos los efectos. Además, por lo que respecta a la retención que se soporta por reembolso de las participaciones, la soportará la Compañía de Seguros a la que se le devolverá posteriormente al no tener que tributar por IRPF sino por Impuesto de Sociedades.

lo que es propiamente la institución del usufructo. El nombramiento como beneficiario supone una donación a todos los efectos.

Pues bien, ese beneficiario parcial, al que por analogía asimilamos a un usufructuario, podrá tomar decisiones de movimientos de capital entre los fondos que constituyen la cartera del *Unit Linked*, en virtud del artículo 490 del Código civil que hace posible la administración por el usufructuario.

Este tipo de seguro, asociado a fondos de inversión, compensa especialmente a personas con tipos marginales altos en IRPF y que van a invertir a largo plazo, porque, pasados 8 años, gozarán de una reducción del 70 por 100¹¹⁸. Igualmente, a efectos sucesorios, tiene sus ventajas dado que el beneficiario puede cobrarse directamente sin tener que esperar a la testamentaría, y, además, en Vizcaya está exento de tributación para determinados parientes. Por otra parte, permite una gestión mucho más dinámica de nuestras inversiones.

CONCLUSIONES

De entre todo lo anteriormente comentado quiero destacar lo siguiente:

1. Dada la dificultad de determinar la naturaleza de los incrementos de valor que experimentan las participaciones de los FFII acumulativos (esto es, si son plusvalías propiamente, o bien, son rendimientos acumulados, criterio este último por el cual me inclino), por un criterio de justicia, y para no dejar yermo, o vacío de contenido, este derecho, se proponen las soluciones siguientes:

a) Considerar la inversión en FFII como una colocación de capital. Según este criterio, se legitimaría la aplicación del artículo 507 del Código civil, que concede al usufructuario con fianza un *ius exigendi* propio sobre el entero crédito (aquí el capital invertido) para invertirlo de otra manera, subsistiendo el usufructo respecto a la nueva inversión.

b) Distinguir, aunque no pueda ser de una manera exacta, lo que puede ser aumento producido por plusvalías de la cartera, del aumento que se ha producido por rendimientos de otra naturaleza (intereses, dividendos...), tomando como referencia un índice bursátil, por ejemplo el IBEX 35, adjudicando el primero al nudo pro-

¹¹⁸ Las reducciones, respecto a los rendimientos derivados de percepciones de contratos de seguros de vida recibidas en forma de capital, van desde el 30 por 100 al 70 por 100. *Vid.* Artículo 24.2.b) de la Ley 40/1998, del IRPF.

pietario y perteneciendo solamente el segundo al usufructuario. No me parece una solución aconsejable por la enorme dificultad de su puesta en práctica.

c) Seguir, por analogía, el criterio del artículo 485 del Código civil respecto al usufructo de montes. Esto es, permitir los reembolsos parciales por el usufructuario. Ello supone considerar los incrementos como frutos civiles.

2. No se opone ninguna objeción a que el cónyuge viudo fiduciario o comisario de la herencia de su consorte, pueda, por si mismo, realizar cambios de unos fondos a otros, si es conveniente para una buena gestión de ese patrimonio, y aunque ello comporte el previo reembolso de las participaciones. Razones: 1) La propia naturaleza de las instituciones mencionadas, y, 2) El artículo 166 del Código civil que permite a los padres, en ejercicio de la patria potestad y sin necesidad de autorización judicial, la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO
Profesora Titular de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ARMONIZACIÓN CONTABLE

1. **Directiva 2001/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 86/635/CEE en lo que se refiere a las normas de valoración aplicables en las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, así como bancos y otras entidades financieras, DOCE, L, núm. 283, de 25 de octubre de 2001.**

La Directiva da respuesta a la Comunicación de la Comisión «Armonización contable: una nueva estrategia de cara a la armonización internacional», en la que se pide a la UE que se esfuerce por mantener la coherencia de las Directivas comunitarias sobre contabilidad con la evolución de la elaboración de normas de contabilidad internacionales, en particular, las del Comité de normas internacionales de contabilidad. Para este fin, es preciso modificar las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 86/635/CEE de modo que se permita la valoración de determinados activos y pasivos financieros a su valor razonable.

BIENES CULTURALES

2. **Directiva 2001/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por la que se modifica la Directiva 93/7/CEE del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, DOCE, L, núm. 187, de 10 de julio de 2001.**

Teniendo presente que la categoría de bienes culturales protegidos se hace depender del valor que se otorgue a cada bien según los criterios establecidos en la Directiva 93/7/CEE, la nueva Directiva se ocupa de los efectos de la creación de la moneda única sobre la fijación del valor de un bien cultural, así como de la interpretación de criterios de valoración incluidos en la anterior.

BLANQUEO DE CAPITALES

3. **Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 91/308/CEE**

del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, DOCE, L, núm. 344, de 28 de diciembre de 2001.

COMERCIO

4. **Decisión del Consejo, de 15 de noviembre de 2001 por la que se autoriza la tácita reconducción o el mantenimiento en vigor de las disposiciones cuyas materias estén sujetas a la política comercial común, contenidas en los tratados de amistad, comercio y navegación y en los acuerdos comerciales, celebrados por los Estados miembros con terceros países, DOCE, L, núm. 320, de 5 de diciembre de 2001.**
5. **Reglamento (CE) núm. 1515/2001 del Consejo, de 23 de julio de 2001, relativo a las medidas que podrá adoptar la Comunidad a partir del informe sobre medidas antidumping y antisubvención aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, DOCE, L, núm. 201, de 26 de julio de 2001.**

El Reglamento adopta una serie de disposiciones específicas a fin de que la Comunidad pueda, si lo considera oportuno, ajustar una medida adoptada en virtud del Reglamento (CE) núm. 384/96 o del Reglamento (CE) núm. 2026/97, a las recomendaciones y resoluciones contenidas en un informe aprobado por el OSD de la OMC.

COOPERACIÓN EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

6. **Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, DOCE, L, núm. 174, de 27 de junio de 2001.**

La Decisión del Consejo declara como objetivos la mejora de la cooperación judicial entre los Estados miembros y el acceso efectivo a la justicia de las personas confrontadas con un litigio con incidencia transfronteriza. A estos fines se crea una Red, en la que no tomará parte Dinamarca, cuya misión se centrará en procurar el buen desarrollo de los procedimientos con incidencia transfronteriza; la agilización de las solicitudes de cooperación judicial entre los Estados; la aplicación efectiva de los actos comunitarios o los convenios en vigor entre los Estados miembros; la creación y el mantenimiento de un sistema de información destinado al público, relativo en particular al acceso a la justicia. La Decisión detalla la composición de la Red, programa la periodicidad de las reuniones de sus miembros, así como su organización y desarrollo. La Decisión será aplicable a partir del 1 de diciembre de 2002, salvo lo dispuesto en sus artículos 2 (composición de la Red) y 20 (obligación de los Estados de transmitir ciertas informaciones a la Comisión), que son de aplicación inmediata, una vez notificada la Decisión a los Estados.

DERECHOS DE AUTOR

7. **Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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, L, núm. 167, de 22 de junio de 2001.

Considerando que el marco jurídico para la protección de los derechos de autor y derechos afines debe adaptarse y completarse en la medida en que ello resulte necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior, la Directiva procede a la armonización de un conjunto de aspectos en la materia procurando en todo caso proporcionar un elevado nivel de protección a los citados derechos. La Directiva contempla el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción de las obras; lo mismo, en cuanto a su comunicación o puesta a disposición del público y la distribución de la obra; se prevé, no obstante, la posibilidad de realizar excepciones. Las infracciones contra las medidas adoptadas en los Estados en aplicación de la Directiva serán objeto de sanción efectiva, proporcionada y disuasoria; se garantiza que los titulares de los derechos cuyos intereses hayan sido perjudicados por una actividad ilícita tendrán acción para el resarcimiento de daños, así como para la solicitud de medidas cautelares y las pertinentes para la incautación del material ilícito. Como fecha límite para que los Estados adapten su legislación a lo previsto en la Directiva se establece el 22 de diciembre de 2002.

8. Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, DOCE, L, núm. 272, de 13 de octubre de 2001.

Se entiende por «derecho de participación» el intransmisible e inalienable de que goza el autor de una obra original de artes plásticas y gráficas a obtener una participación económica en las sucesivas reventas de la obra. De conformidad con el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, tal derecho es facultativo y está sujeto a la regla de reciprocidad. Sin embargo, en el contexto comunitario la aplicación de cláusulas de reciprocidad para denegar a nacionales de Estados miembros derechos que se reconocen a los propios es contraria al principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Por otra parte, la reglamentación del derecho de participación es distinta entre los Estados miembros, lo que produce efectos negativos sobre el funcionamiento del mercado interior de obras artísticas. La Directiva sirve a adoptar medidas de armonización para corregir las discrepancias entre las legislaciones nacionales, allí donde las mismas puedan crear o mantener condiciones distorsionadas de competencia.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**9. Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, DOCE, L, núm. 174, de 27 de junio de 2001.**

El Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, en vigor a partir del 1 de julio de 2001, y del que no es parte Dinamarca, se enmarca en el contexto del objetivo de mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia. El Reglamento se dirige a fomentar la cooperación entre

órganos jurisdiccionales en el ámbito de la obtención de pruebas para causas ya iniciadas o que se prevea incoar, cuando los elementos de la prueba se hallen en el extranjero. La comunicación al efecto se producirá de manera directa entre los órganos jurisdiccionales de los Estados; se designará además un órgano central encargado de facilitar información a los órganos jurisdiccionales, buscar soluciones para solicitudes que planteen dificultades; excepcionalmente, dar traslado a las solicitudes de prueba. Se regula en el texto los extremos relativos a la forma, contenido e idioma de la solicitud; transmisión, recepción y ejecución de la misma, con especial referencia al recurso eventual a medidas coercitivas; y denegación de la ejecución. El reglamento contempla también la posibilidad (limitada) de obtención directa de pruebas en el extranjero por parte del órgano jurisdiccional requirente.

10. **Decisión de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; DOCE, L, núm. 298, de 15 de noviembre de 2001.**

Vid. la reseña al Reglamento (CE) núm. 1348/2000, en el núm. 6 de la crónica aparecida en ADC, T. LIV, fasc. I, enero-marzo, 2001.

INSTITUCIONES

11. **Decisión del Consejo, de 29 de noviembre de 2001, por la que se modifica el Reglamento interno del Consejo, DOCE, L, núm. 313, de 30 de noviembre de 2001.**

El Reglamento interno del Consejo adoptado mediante Decisión 2000/396/CE, CECA, Euratom (DOCE, L, núm. 149, de 23 de junio de 2000) se modifica para adaptarse a los principios generales, condiciones y límites que rigen el derecho de acceso público a los documentos previsto en el artículo 255.1 del TCE.

12. **Decisión de la Comisión, de 29 de noviembre de 2001, por la que se modifica su Reglamento interno, DOCE, L, núm. 317, de 3 de diciembre de 2001.**

La Comisión adopta un conjunto de normas tendentes a procurar el correcto desarrollo de sus actividades en ámbitos que exigen un determinado grado de confidencialidad, estableciendo un sistema exhaustivo de seguridad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 255 del TCE y del Reglamento (CE) núm. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001 (DOCE, L, núm. 101, de 11 de mayo de 2001), relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

INSTITUCIONES FINANCIERAS MONETARIAS

13. **Reglamento (CE) núm. 2423/2001 del Banco Central Europeo, de 22 de noviembre de 2001, relativo al balance consolidado en el sector de**

las instituciones financieras monetarias (BCE/2001/13), DOCE, L, núm. 333, de 17 de diciembre de 2001.

A los efectos de cumplir las funciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales, el BCE, asistido por los Bancos Centrales nacionales, recaba la información estadística necesaria, bien de las autoridades nacionales, bien directamente de los agentes económicos. Se entiende por estos las entidades de crédito y demás instituciones financieras residentes cuya actividad consista en recibir depósitos y conceder créditos o invertir en valores; dichos agentes quedan obligados a presentar mensualmente información estadística sobre su balance de fin de mes y ajustes de flujos mensuales, de conformidad con unas normas mínimas de transmisión, exactitud, conformidad conceptual y revisión que establece el mismo Reglamento.

PAGOS TRANSFRONTERIZOS**14. Reglamento (CE) núm. 2560/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, sobre los pagos transfronterizos en euros, DOCE, L, núm. 344, de 28 de diciembre de 2001.**

El Reglamento se origina en la constatación de dos datos: el volumen de los pagos transfronterizos crece constantemente a medida que se va completando el mercado interior; el euro facilita estos pagos. A partir de ahí, impone la igualdad en las comisiones en concepto de pagos transfronterizos hechos en euros, a fin de que sean las mismas que las de los pagos en euros hechos en un Estado miembro, con independencia del medio de pago, salvo determinadas excepciones. Igualmente, introduce mejoras relativas a facilitar a las entidades la ejecución de los pagos transfronterizos.

POLÍTICA SOCIAL**15. Reglamento (CE) núm. 1386/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 del Consejo por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, DOCE, L, núm. 187, de 10 de julio de 2001.**

El Reglamento introduce modificaciones en los instrumentos precedentes, tomando como punto de partida las novedades que los Estados miembros han introducido en su legislación sobre seguridad social, así como jurisprudencia del TJCE recaída en la materia.

PRÁCTICAS DE FINANCIACIÓN**16. Reglamento (CE) núm. 2558/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, por el que se modifica el Regla-**

mento (CE) núm. 2223/96 del Consejo sobre la reclasificación de la liquidación de acuerdos de permutas financieras (swaps) y acuerdos de tipos de intereses futuros (forward rate agreements), DOCE, L, núm. 344, de 28 de diciembre de 2001.

SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

17. Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, DOCE, L, núm. 294, de 10 de noviembre de 2001.

La actual estructura económica de la CE trae al mundo empresarial nuevas necesidades cuyo alcance no es ya puramente local. Frente a tal coyuntura, se impone una reorganización de las actividades a escala comunitaria mediante procesos de concentración y fusión de empresas de distintos Estados miembros entre sí. Hasta el momento, dichos procesos han debido acomodarse a parámetros jurídicos nacionales; todas las empresas se han visto obligadas a escoger una forma societaria entre las reguladas por un ordenamiento jurídico nacional concreto. La incongruencia entre los marcos económico y jurídico entorpece los objetivos enunciados en el artículo 18 del TCE; el Reglamento (CE) núm. 2157/2001 prevé la constitución, junto a las sociedades de derecho nacional, de *sociedades europeas* (SE), dotadas de personalidad jurídica, cuya formación y funcionamiento regula él mismo: de este modo se posibilita la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, eludiéndose los obstáculos derivados de la disparidad de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles. Entre otros extremos, el Reglamento determina qué sociedades pueden fundirse o transformarse para formar una SE; capital mínimo; los criterios para determinar la ubicación de su domicilio social, que opera como punto de conexión para establecer la legislación aplicable a la constitución de la sociedad y la elaboración de cuentas; posibilidades de cambio de domicilio; y estructura orgánica.

18. Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DOCE, L, núm. 294, de 10 de noviembre de 2001.

El Reglamento (CE) núm. 2157/2001, reseñado en el número 14 de la presente crónica, establece un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los Estados miembros pueden planear y llevar a cabo la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria. Ahora bien, el establecimiento de estas sociedades no puede suponer la desaparición de las prácticas en vigor en lo que concierne a la implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la constitución de una CE. La Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001 viene a completar al Reglamento en ese sentido, regulando al efecto la constitución de comisiones de negociación: compete a las mismas elaborar en cada SE un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores, para lo que la Directiva ofrece una serie de disposiciones de referencia. Queda regulada igualmente la duración de dichas negociaciones, y otros extremos relativos al procedimiento de negociación.

VALORES NEGOCIALES

19. **Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores, DOCE, L, núm. 184, de 6 de julio de 2001.**

La Directiva codifica en un texto único los instrumentos normativos precedentes en la materia, en aras a promover la coordinación en las condiciones de admisión de valores negociables a cotización oficial en las bolsas de valores que operan o están situadas en los Estados miembros, con independencia de la naturaleza jurídica de su emisor, o de que sea un tercer Estado. De este modo, se pretende lograr un nivel de protección equivalente de los inversores a nivel comunitario. La coordinación facilitará la admisión a cotización oficial, en cada uno de los Estados miembros, de los valores negociables procedentes de otros Estados miembros, así como la cotización de un mismo título en varias bolsas de la Comunidad.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS, TRABAJOS LEGISLATIVOS

ARMONIZACIÓN CONTABLE

20. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad», DOCE, C, núm. 260, de 17 de septiembre de 2001.**

El CES apoya plenamente los objetivos de la Propuesta de Reglamento, que son: conseguir que en el año 2005 todas las empresas comunitarias que cotizan en bolsa apliquen las Normas Internacionales de Contabilidad, elaborando conforme a ellas sus cuentas y estados financieros consolidados; y asegurar que en el futuro la UE participará en la elaboración de dichas normas.

ASISTENCIA EN MATERIA PENAL

21. **Informe final correspondiente al primer ejercicio de evaluación. Asistencia judicial en materia penal, DOCE, C, núm. 216, de 1 de agosto de 2001.**
22. **Acto del Consejo, de 16 de octubre de 2001, por el que se celebra, de conformidad con el artículo 34 del Tratado de la UE, el Protocolo del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, DOCE, C, núm. 326, de 21 de noviembre de 2001.**

CONSUMIDORES

23. **Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo rela-**

tiva a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitarse una acción con arreglo al artículo 2 de la citada Directiva, DOCE, L, núm. 222, de 8 de agosto de 2001.

24. **Resolución del Consejo de 26 de noviembre de 2001 relativa al crédito y al endeudamiento de los consumidores, DOCE, C, núm. 364, de 20 de diciembre de 2001.**

Ante el considerable crecimiento del consumo financiado por medio de crédito, el Consejo exterioriza su interés por la creación de un mercado interior de servicios financieros, así como por la armonización de las legislaciones en este ámbito, a fin de fomentar el desarrollo de operaciones transfronterizas de crédito, al tiempo que se previene el endeudamiento excesivo de los consumidores.

CONTAMINACIÓN DE HIDROCARBUROS

25. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre (...) la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la constitución de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en aguas europeas y medidas complementarias», DOCE, C, núm. 357, de 14 de diciembre de 2001.**

El Comité de las Regiones acoge con satisfacción la creación de un fondo adicional al Fondo Internacional de Indemnización de Daños Causados por Contaminación de Hidrocarburos, que será utilizado también para acelerar el pago de la indemnización completa a las víctimas de la UE.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS TRATADOS

26. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la constitucionalización de los Tratados, DOCE, C, núm. 197, de 12 de julio de 2001.**

El Parlamento europeo reitera su voluntad de pedir que se integren en un texto constitucional los valores fundamentales de la Unión, los derechos de los ciudadanos y una organización eficaz de sus instituciones; apunta la necesidad de simplificar y reorganizar los Tratados; relaciona los motivos para una «constitucionalización» de los Tratados; e indica un método para ello.

COOPERACIÓN JUDICIAL

27. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa de la República Portuguesa, de la República Francesa, del Reino de Suecia y del Reino de Bélgica con vistas a la adopción de una Decisión por la que se crea una Unidad provisional de cooperación judicial, DOCE, C, núm. 223, de 8 de agosto de 2001.**

- 28. Propuesta modificada de Decisión del Consejo relativa a la creación de una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, DOCE, C, núm. 240 E, de 28 de agosto de 2001.**

DELITOS INFORMÁTICOS

- 29. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones –Creación de una sociedad de la información más segura mediante la mejora de la seguridad de las infraestructuras de información y la lucha contra los delitos informáticos– «Europe 2002», DOCE, C, núm. 311, de 7 de noviembre de 2001.**

El CES comparte el punto de vista de la Comisión sobre la importancia de las nuevas tecnologías digitales, y su análisis acerca de los riesgos que conlleva su utilización. Sin embargo, disiente de ella en la valoración de determinados puntos como, entre otros: la definición de los delitos informáticos; el recurso en exclusiva a una política de medidas represivas contra los delitos informáticos; la subestimación de determinados problemas como la saturación o la avería de las redes de telecomunicación; los riesgos que las carencias de seguridad suponen para las PYMES; la tendencia a trasladar a los usuarios los problemas de seguridad y lucha contra los delitos informáticos. El CES aporta un conjunto de observaciones específicas que atañen a la necesidad de luchar contra la pedofilia; de regular la interceptación de las comunicaciones, así como el acceso anónimo y otros datos sobre el tráfico. El CES compromete su participación en un foro europeo sobre la sociedad de la información.

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- 30. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, DOCE, C, núm. 255, de 13 de septiembre de 2001.**

La Comisión enuncia su propósito de iniciar un debate abierto, amplio y detallado acerca de la posible armonización del Derecho material contractual. En esta fase del debate, la Comisión desea recabar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance que la que se viene produciendo hasta el momento, caso por caso, por vía de Directivas. La comunicación analiza la situación actual del derecho contractual, con exclusión de aquellos contratos que, como sucede con los laborales o en el marco de la familia, presentan una complejidad particular. Para ello, enuncia los instrumentos internacionales de Dípr. y material, así como la legislación perteneciente al acervo comunitario; cuestiona la repercusión de las disposiciones actuales de Derecho contractual y su heterogeneidad sobre el mercado interior; y recuerda la necesidad de coherencia de la legislación comunitaria, en su enunciado y en su aplicación. Finalmente, procede a la enumeración (no exhaustiva) de opciones para futuras iniciativas de la CE en el ámbito del derecho contractual, que van desde la no actuación de la CE hasta la adopción de una reglamentación completa de origen comunitario, pasando por el fomen-

to de la definición de los principios comunes de derecho contractual para reforzar la convergencia de las leyes nacionales, o la mejora de la calidad de la legislación en vigor. Cualquiera de ellas habrá de ser valorada a la luz de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

DERECHOS DE AUTOR

31. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, DOCE, C, núm. 232, de 17 de agosto de 2001.**

E-LEARNING

32. **Resolución del Consejo de 13 de julio de 2001 relativa al e-learning, DOCE, C, núm. 204, de 20 de julio de 2001.**

La creación de una sociedad del conocimiento para Europa pasa por conseguir el acceso de todos a las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). Para ello, es preciso operar sobre los sistemas de formación y educación, a fin de incluir en ellos las TIC. Resoluciones del Consejo de la década de los noventa apuntaban ya en ese sentido; con la presente, el Consejo invita a los Estados miembros a que prosigan su labor de elaboración de entornos de aprendizaje multimedia y virtuales, explotando las potencialidades de Internet; y a la Comisión, para que continúe respaldando los portales europeos existentes, cree otros, apoye puntos de encuentro virtuales transnacionales, así como la experimentación de nuevos entornos.

ENTIDADES DE CRÉDITO

33. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la evaluación de la Directiva 89/299/CEE relativa a los fondos propios de las entidades de crédito, DOCE, C, núm. 223, de 8 de agosto de 2001.**
34. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al saneamiento y la liquidación de las entidades de crédito, DOCE, C, núm. 262, de 18 de septiembre de 2001.**

GUARDA Y CUSTODIA

35. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en**

materia de derecho de visita de los hijos, DOCE, C, núm. 223, de 8 de agosto de 2001.**INTERNET (ICANN)**

36. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Organización y gestión en Internet. Aspectos de política europea e internacional, DOCE, C, núm. 343, de 5 de diciembre de 2001.**

El Parlamento Europeo se pronuncia a propósito de la posición de la UE en ICANN, así como en relación con ciertos aspectos del funcionamiento de este organismo. Igualmente, acusa el retraso en el desarrollo europeo en comparación con EE.UU., en lo que concierne a las infraestructuras de telecomunicaciones; y solicita a la Comisión que examine cuanto antes el problema de la heterogeneidad de las normas nacionales de los Estados miembros, para promover frente a ella la autorreglamentación y una legislación que fomente el desarrollo de Internet en Europa.

MARCAS

37. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la usurpación de marca, DOCE, C, núm. 221, de 7 de agosto de 2001.**

MEDIO AMBIENTE

38. **Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos medioambientales en la contratación pública, DOCE, C, núm. 333, de 28 de noviembre de 2001.**

El objetivo del documento es estudiar las posibilidades que ofrece la legislación comunitaria vigente de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública, de modo que los poderes adjudicadores contribuyan al desarrollo sostenible.

MENORES

39. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la sustracción de menores por uno de los padres, DOCE, C, núm. 343, de 5 de diciembre de 2001.**

El Parlamento Europeo se declara enormemente preocupado por los numerosos casos de sustracción internacional de menores en la UE y en el mundo; lamenta que sólo 47 países hayan firmado el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores; insta al Secretario de NU a que adopte iniciativas para que el Convenio sea ratificado sin reservas por todos los países de NU.

MERCADO DE TRABAJO

40. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo-Nuevos mercados de trabajo europeos abiertos a todos y accesibles para todos», DOCE, C, núm. 311, de 7 de noviembre de 2001.**

El CES manifiesta su aprobación general a propuesta de la Comisión, tendente a crear un sitio centralizado de información sobre la movilidad en Europa, que ofrezca a los ciudadanos información integrada y fácilmente accesible sobre aspectos esenciales en materia de oportunidades de empleo, movilidad y aprendizaje en Europa. Considera, no obstante, que es preciso fomentar el desarrollo uniforme de los mercados de trabajo de la UE y los países candidatos, y que a ello deben tender todas las políticas y acciones del plan propuesto por la Comisión. Igualmente reseña la necesidad de centrar esfuerzos en promover la movilidad de colectivos para quienes el desplazamiento presenta mayores dificultades, por razón de sexo, cualificación, discapacitación, o por ser tratarse de migrantes.

NOTIFICACIÓN

41. **Primera actualización de las comunicaciones de los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento 1438/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, DOCE, C, núm. 202, de 18 de julio de 2001.**

Contiene los datos complementarios y las modificaciones que los Estados miembros han remitido a propósito del Reglamento 1438/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, sobre extremos tales como el idioma de las notificaciones y certificaciones de notificación, traducción, formulario de la notificación, o concreción de los organismos transmisores.

42. **Segunda actualización de las comunicaciones de los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento 1438/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, DOCE, C, núm. 282, de 6 de octubre de 2001.**

OBTENCIÓN DE PRUEBAS

43. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa de la República Federal de Alemania con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, DOCE, C, núm. 343, de 5 de diciembre de 2001.**

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

- 44. Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración, DOCE, C, núm. 188, de 4 de julio de 2001.**

La Comisión lleva a cabo una interpretación del segundo párrafo de la letra b) del apartado 1 del artículo 6 y de la segunda frase del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (DOCE, L, núm. 395, de 30 de diciembre de 1989, en primera versión).

PAGOS TRANSFRONTERIZOS

- 45. Posición común (CE) núm. 39/2001, de 17 de septiembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos con euros, DOCE, C, núm. 363, de 19 de diciembre de 2001.**

La propuesta de Reglamento se enmarca en la política de la Comisión sobre pagos en el mercado interior; su objetivo es facilitar la participación activa de los consumidores en el mercado interior, al ofrecerles las ventajas de una mayor variedad y transparencia de precios en los pagos transfronterizos. En su posición común, el Consejo ha seguido en general las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo, estimando que el conjunto ofrece un buen equilibrio entre los imperativos del buen funcionamiento del mercado único, y la protección e información del consumidor.

PRÁCTICAS DE FINANCIACIÓN

- 46. Dictamen del Banco Central Europeo de 13 de junio de 2001 solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de una propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre acuerdos de garantía financiera, DOCE, C, núm. 196, de 12 de julio de 2001.**

El BCE celebra la propuesta de establecer, al lado de la Directiva 98/26/CE del Parlamento europeo y del Consejo sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pago y de liquidación de valores (DOCE, L, núm. 166, de 11 de junio de 1998), un régimen mínimo uniforme para la limitación del riesgo del crédito de las operaciones financieras mediante la entrega de valores o de efectivo como garantía, tanto en sistemas prendarios como de transferencia de títulos, con la finalidad de lograr los objetivos de garantizar un mercado europeo integrado de los servicios financieros y contribuir al buen funcionamiento de la política monetaria única.

47. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, DOCE, C, núm. 240E, de 28 de agosto de 2001.**
48. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2223/96 del Consejo sobre la reclasificación de la liquidación de acuerdos de permutas financieras (*swaps*) y acuerdos de tipos de intereses futuros (*forward rate agreements*), DOCE, C, núm. 343, de 5 de diciembre de 2001.**

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO

49. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural en los estados miembros de la Unión Europea, DOCE, C, núm. 262, de 18 de septiembre de 2001.**

El Parlamento Europeo, considerando la importancia del patrimonio cultural y natural como factor económico, de integración social y de ciudadanía; la evolución del concepto de patrimonio; los desequilibrios de la Lista del Patrimonio Mundial; y otros datos, como la ausencia de reconocimiento en los Estados miembros de la profesión de «restaurador» o el dramático y devastador expolio que se lleva a cabo hoy de los restos arqueológicos de los países, adopta la presente Resolución con el fin de instar a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias a que realicen acciones tendentes a la adopción de medidas protectoras.

PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA

50. **Resolución del Parlamento Europeo sobre las nuevas fronteras de producción de libros: publicación electrónica e impresión según la demanda, DOCE, C, núm. 267, de 21 de septiembre de 2001.**

El Parlamento Europeo, considerando que Internet y la publicación electrónica permiten el libre acceso a publicaciones que hasta la fecha sólo eran accesibles en formatos caros, y que por ello la producción de libros mediante publicación electrónica e impresión según demanda debería ser vista como una posibilidad, y no como una amenaza, pide a la Comisión que proponga un marco normativo para la publicación electrónica, y le insta a que apoye desarrollos tecnológicos capaces de mejorar la protección de la autenticidad y los derechos de los propietarios.

RADIODIFUSIÓN

51. **Publicación de las medidas consolidadas de conformidad con el apartado 2 del artículo 3 bis de la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamenta-**

rias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, DOCE, C, núm. 208, de 26 de julio de 2001.

La Comisión publica al menos una vez al año la lista consolidada de las medidas adoptadas por los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. En la presente lista quedan comprendidas las medidas adoptadas por Dinamarca, Alemania y Reino Unido, relativas al derecho exclusivo de emisión de acontecimientos de gran importancia para la sociedad.

REDES ELECTRÓNICAS

52. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE, C, núm.277, de 1 de octubre de 2001.**
53. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE, C, núm.277, de 1 de octubre de 2001.**
54. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE, C, núm.277, de 1 de octubre de 2001.**
55. **Posición común (CE) núm. 36/2001, de 17 de septiembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su introducción, DOCE, C, núm. 337, de 30 de noviembre de 2001.**

La CE aborda la armonización de la manera en que los Estados miembros regulan el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y su interconexión, con el objetivo de establecer un marco regulador para las relaciones entre los suministradores de las redes y servicios que sea compatible con los principios del mercado interior, haga posible el mantenimiento de una competencia sostenible, garantice la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas y redunde en beneficio de los consumidores. A este fin, la Comisión ha propuesto una Directiva con el siguiente contenido: definición de los derechos y obligaciones de los operadores y de las empresas que deseen interconectarse y/o acceder a sus redes o recursos asociados; fijación de los objetivos que habrán de perseguir las autoridades nacionales de reglamentación por lo que respecta al acceso a la inter-

conexión; establecimiento de los procedimientos para garantizar que las obligaciones impuestas por dichas autoridades sean objeto de revisión, y llegado el caso, de supresión. El documento fue trasladado al Consejo, que optó una posición común en la que incorpora cambios tanto de fondo como de redacción, con el objetivo de mejorar la claridad jurídica de la Directiva; proporcionar mayores garantías a los usuarios, y crear más flexibilidad con respecto al futuro desarrollo de las obligaciones relativas al acceso a la televisión digital.

- 56. Posición común (CE) núm. 37/2001, de 17 de septiembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE, C, núm. 337, de 30 de noviembre de 2001.**

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, a la que se refiere la posición común, está encaminada a sustituir la Directiva 97/13/CE, en vigor, sobre autorizaciones y licencias. Hace obligatorio el recurso a autorizaciones generales, salvo para el otorgamiento de radiofrecuencias y números, y establece límites nuevos a las condiciones que pueden imponerse a los prestadores de servicios. El texto propuesto simplificaría los procedimientos para la solicitud de autorizaciones. En su posición común, el Consejo acepta el enfoque y los objetivos de la propuesta, aunque introduce varias modificaciones sobre el fondo y la redacción del texto, a fin de tener en cuenta el dictamen del Parlamento Europeo, abordar una serie de puntos controvertidos, y mejorar la comprensión del documento.

- 57. Posición común (CE) núm. 38/2001, de 17 de septiembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE, C, núm. 337, de 30 de noviembre de 2001.**

La propuesta de Directiva marco establece la estructura básica de un futuro marco regulador, concebido como fase intermedia entre la situación actual y una situación futura en que el mercado de las telecomunicaciones tendrá la suficiente madurez como para permitir que su regulación sea el derecho de la competencia general. En su posición común, el Consejo adoptó tanto el enfoque como los objetivos de la propuesta, efectuando, no obstante, cambios de fondo y de forma a fin de conseguir un texto más preciso; un mejor equilibrio entre la necesidad de flexibilidad para las autoridades nacionales de reglamentación, y la necesidad de un enfoque coherente de la Comunidad, por otra; aclarar la relación del marco regulatorio con la política audiovisual; tomar en cuenta de forma apropiada la diversidad de situaciones nacionales y los actuales acuerdos constitucionales y judiciales en los Estados miembros

(por ejemplo, en relación con las disposiciones relativas a los derechos de paso); garantizar la compatibilidad del texto con el Derecho comunitario, en particular en relación con las disposiciones que establecen un Comité y un Grupo de alto nivel.

58. **Posición común (CE) núm. 39/2001, de 17 de septiembre de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de usuarios en relación con las redes de comunicaciones electrónicas, DOCE, C, núm. 337, de 30 de noviembre de 2001.**

La propuesta de Directiva relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios tiene por objeto adecuar la legislación comunitaria en materia de telecomunicaciones, adaptando las actuales disposiciones sobre el servicio universal con miras a determinar el alcance de dicho servicio, los derechos de los usuarios y las medidas de compensación a los proveedores sin distorsión de la competencia; estableciendo derechos específicos para consumidores y usuarios; o autorizando a las autoridades nacionales para que adopten medidas en favor de usuarios y consumidores. La posición común del Consejo introduce una serie de cambios en la propuesta, tendentes a la reestructuración del texto, así como a enmendar alguna de sus disposiciones.

SEGUROS

59. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE del Consejo por lo que respecta a los requisitos de margen de solvencia para las empresas de seguros no de vida», DOCE, C, núm. 193, de 10 de julio de 2001.**

El requisito de margen de solvencia es uno de los puntos más antiguos de la armonización europea en el marco de los seguros; dicha antigüedad explica la necesidad de modernizar las exigencias de solvencia. La Comisión ha elaborado al respecto dos propuestas de directiva, tendentes a reforzar la protección de los asegurados mejorando las normas relativas al margen de solvencia. Las principales modificaciones se refieren al aumento de los fondos de garantía mínimos y a su indexación; a la posibilidad de contabilizar en el margen de solvencia un porcentaje de beneficios futuros; a excluir, en cambio, otros aspectos que antes cabía computar a efectos de establecer el margen de solvencia; a las competencias de las autoridades de control; y a conceder a los Estados miembros la libertad de imponer normas más rigurosas a las empresas que autorizan (principio de armonización mínima). El CES suscribe el espíritu del texto, salvo en lo relativo al principio de armonización mínima; y emite un informe favorable, señalando no obstante algunos aspectos técnicos mejorables.

60. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE del Consejo por lo que respecta a los requisitos de margen de solvencia para las empresas de seguros de vida», DOCE, C, núm. 193, de 10 de julio de 2001.**
61. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al saneamiento y la liquidación de las compañías de seguros, DOCE, C, núm. 276, de 1 de octubre de 2001.**
62. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los seguros de vida, DOCE, C, núm. 343, de 5 de diciembre de 2001.**

SERVICIOS SOCIALES

63. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Los servicios sociales sin ánimo de lucro en el contexto de los servicios de interés general en Europa», DOCE, C, núm. 311, de 7 de noviembre de 2001.**

Se entiende por «servicios sociales» una categoría de organizaciones privadas sin ánimo de lucro, que contribuyen al interés general con actividades en los ámbitos de la salud y la acción social. Estas organizaciones tienen estatutos variables según los Estados miembros, y su situación en cada uno de ellos depende de antecedentes históricos, fundamentos ideológicos nacionales, y de las modalidades de intervención del Estado, entes locales, sector privado con ánimo de lucro y sector privado sin ánimo de lucro. El CES examina en el presente dictamen la cuestión de su futuro, a la luz del Derecho europeo de la competencia..

TRANSPORTE

64. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de requisitos y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable», DOCE, C, núm. 253, de 12 de septiembre de 2001.**

El Comité de las Regiones emite un Dictamen favorable a la Propuesta de Reglamento tendente a crear una reglamentación jurídica que haga realidad la libre prestación de servicios en el ámbito del transporte público, garantizando condiciones de competencia justas, fomentando estructuras de oferta de medianas empresas, y preservando las normas de calidad, medio ambiente y sociales. Subraya, no obstante, su deseo de introducir ciertas modificaciones

atinentes a aspectos tales como la información que debe proporcionarse al usuario, o la calidad del servicio que se le debe ofrecer. Igualmente, solicita a la Comisión algunas alteraciones sobre la propuesta, y expresa su opinión sobre la conveniencia de reducir al mínimo las obligaciones de información a la Comisión Europea.

- 65. Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo relativa a la aprobación por las Comunidades Europeas del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal), DOCE, C, núm. 262, de 18 de septiembre de 2001.**

VALORES NEGOCIAZBLES

- 66. Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe final del Comité de Expertos sobre la regulación de los mercados europeos de valores mobiliarios, DOCE, C, núm. 343, de 5 de diciembre de 2001.**

El Parlamento Europeo, considerando que la creación de un auténtico mercado único de servicios financieros produciría beneficios más significativos para los ciudadanos de la UE, acoge con satisfacción el consenso entre la Comisión, el Consejo y los agentes del mercado sobre el Informe final del Comité de Expertos sobre la regulación de los mercados europeos de valores mobiliarios (Informe Lamfalussy); pide a las instituciones de la UE que se esfuerzen para alcanzar un acuerdo interinstitucional que se ocupe de los problemas reseñados en el Informe; y en particular, a la Comisión, que desarrolle las conclusiones del Informe presentando las medidas sustantivas correspondientes.

- 67. Posición común (CE) núm. 22/2001 de 30 de mayo de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), con vistas a la regulación de las sociedades de gestión y los folletos simplificados, DOCE, C. núm. 297, de 23 de octubre de 2001.**

La propuesta tiene por objetivo ajustar las normas de las sociedades de gestión a las que rigen otros operadores en el ámbito de los servicios financieros; también, regular los folletos de información a los inversores, en el sentido de simplificarlos, logrando al tiempo modernizar la información y facilitar las comparaciones. El Consejo incorpora en su posición común de forma plena diez de las trece enmiendas del Parlamento en su primera lectura.

- 68. Posición común (CE) núm. 22/2001 de 30 de mayo de 2001, aprobada por el Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 251 del**

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en lo que se refiere a las inversiones de los OICVM, DOCE, C. núm. 297, de 23 de octubre de 2001.

El objetivo de la propuesta de Directiva es ampliar la lista y garantizar el comercio transfronterizo de participaciones de OICVM, al tiempo que se proporciona un nivel uniforme de protección al inversor. El Consejo apoya en términos generales la propuesta, aunque opta en algunos casos por soluciones diferentes, que afectan en particular a las definiciones, lista de valores, y límites de las inversiones.

69. Dictamen del Banco Central Europeo de 16 de noviembre de 2001 solicitado por el Consejo de la Unión Europea, acerca de una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, DOCE, C, núm. 344, de 6 de diciembre de 2001.

El principal objetivo de la directiva propuesta es introducir un pasaporte único para los emisores de valores en la UE, que permita ofertar valores o admitirlos a cotización mediante la simple notificación del prospecto aprobado por la autoridad competente de origen. El BCE celebra y apoya dichos objetivos, así como, en general, la manera prevista para llevarlos a cabo; introduce, no obstante, una serie de propuestas sobre aspectos de fondo y forma del texto, como son el régimen aplicable a las ofertas públicas de valores distintos de acciones, el alcance de la cooperación en materia de supervisión, o la utilización de definiciones uniformes, comunes a otras directivas del sector.

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

- 70. STJCE, de 17 de mayo de 2001 en el as. C- 449/98 P, International Express Carriers Conference contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación. Decisión de desestimación de la denuncia. Abuso de posición dominante. Servicios postales. Reenvío postal.**
- 71. STJCE, de 17 de mayo de 2001 en el as. C- 450/98 P, International Express Carriers Conference contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación. Decisión de desestimación de la denuncia. Abuso de posición dominante. Servicios postales. Reenvío postal.**

COMPETENCIA

72. Auto del TJCE, de 13 de diciembre en el as. C-39/00 P. Services pour le groupement d'acquisitions SARL (SGA) contra Comisión de las Comunidades europeas. Competencia. Distribución de automóviles. Denuncia. Recurso por omisión, de anulación y de indemnización. Inadmisibilidad. Recurso en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado.
73. Auto del TJCE, de 13 de diciembre en el as. C-44/00 P. Société de distribution mécanique et d'automobiles SA (Sodima) contra Comisión de las Comunidades europeas. Competencia. Distribución de automóviles. Denuncia. Recurso por omisión, de anulación y de indemnización. Inadmisibilidad. Recurso en parte manifiestamente inadmissible y en parte manifiestamente infundado.
74. STPICE, de 5 de julio de 2001 en el as. T-25/99, Colin Arthur Robins y Valerie Ann Roberts contra Comisión de las CCEE. Competencia. Contratos de suministro de cerveza. Denuncia. Artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1).
75. STJCE, de 20 de septiembre de 2001 en el as. C-453/99, Courage Ltd. contra B. Crehan y B. Crehan contra Courage Ltd y otros. Artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81). Contrato de compra exclusiva de cerveza. Arrendamiento de establecimiento de bebidas. Práctica colusoria. Derecho de una parte contratante a una indemnización por daños y perjuicios. Segunda actualización de las comunciones de los Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento 1438/2000 del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, DOCE, C, núm. 282, de 6 de octubre de 2001.
76. Auto del TJCE, de 13 de diciembre de 2000 en el as. C-44/00P, Société de distribution mécanique et d'automobiles SA (Sodima) contra Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia. Distribución de automóviles. Denuncia. Recurso por omisión, de anulación y de indemnización. Inadmisibilidad. Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisible y en parte manifiestamente infundado.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

77. Auto del TJCE, de 5 de abril de 2001 en el as. C-518/99, R. Gaillard contra Alaya Chekili. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'Appel de Bruxelles. Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento. Convenio de Bruselas. Artículo 16, número 1. Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios. Ámbito de aplicación. Acción de resolución de la venta de un inmueble y de indemnización de daños y perjuicios.

CONSUMIDORES

78. **STJCE, de 10 de mayo de 2001 en el as. C-144/99. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos. Incumplimiento de Estado. Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores. Adapatación incompleta del Derecho interno.**

DUMPING

79. **STJCE, de 3 de mayo de 2001 en los as. acumulados C-76/98 P y C-77/98 P, Ajinomoto Co. Inc. y The Nutra Sweet Company contra Consejo de la Unión Europea. Recurso de casación. Dumping. Valor normal. Existencia de una patente en el mercado interior del exportador. Incidencia de una supuesta ilegalidad del Reglamento por el que se establece un derecho antidumping provisional sobre la legalidad del Reglamento por el que se establece un derecho antidumping definitivo.**

EFFECTO DIRECTO

80. **Auto del TJCE, de 29 de mayo de 2001 en el as. C-311/99, proceso penal contra A. Caterino. Petición de decisión prejudicial del Tribunale di Roma. Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento. Directiva 75/442/CEE. Residuos. Transporte con carácter profesional. Obligación de registro. Posibilidad de invocar una directiva frente a un particular.**

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO

81. **STJCE, de 16 de enero de 2001 en el as. C-40/98, Comisión de las Comunidades Europeas contra Tecnologie Vetroresina SpA. Cláusula compromisoria. Incumplimiento de contrato.**
82. **STJCE, de 16 de enero de 2001 en el as. C-41/98, Comisión de las Comunidades Europeas contra Tecnologie Vetroresina SpA. Cláusula compromisoria. Incumplimiento de contrato.**
83. **STPICE, de 16 de mayo de 2001 en el as. T-68/99, Toditec NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Cláusula compromisoria. Incumplimiento de contrato. ReconvenCIÓN.**
84. **STJCE, de 2 de octubre de 2001 en el asunto C-172/97, OP: SIVU du plan d'eau de la Vallée du Lot contra Comisión de las Comunidades Europeas e Hydro-réalisation SARL. Cláusula compromisoria. Incumplimiento contractual. Oposición formulada contra la sentencia en rebeldía.**

INSCRIPCIÓN REGISTRAL

85. **STJCE, de 11 de enero de 2001 en el as. C-464/98. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landsgericht für Zivilrechtssachen**

Wien. Normativa nacional que prohíbe una inscripción de hipoteca en moneda extranjera. Violación de dicha prohibición antes de la entrada en vigor del Derecho comunitario en Austria. Interpretación del art. 73 B del Tratado CE (actualmente art. 56 CE). Repercusión del Derecho comunitario en la forma de regularización de la inscripción.

86. STJCE, de 14 de junio de 2001 en el as. C-178/99. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bezirksgericht Bregenz. Solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad presentada por Doris Salzmann. Remisión prejudicial. Inscripción de las transmisiones inmobiliarias en el Registro de la Propiedad. Actividad administrativa y no jurisdiccional. Incompetencia del Tribunal de Justicia.
87. STJCE, de 21 de junio de 2001 en el as. C-206/99, SONAE-Tecnologia de Informação SA contra Direcção Geral dos Registros e Notariado. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Tributário de Primeira Instância do Porto. Concentración de capitales. Directiva 69/335/CEE. Derechos de carácter remunerativo. Derechos de inscripción en el registro mercantil.
88. Auto del TJCE, de 10 de julio de 2001 en el as. C-86/00, HSB-Wohnbau GmbH. Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Heidelberg. Inscripción en el Registro Mercantil del traslado del domicilio social de una sociedad. Incompetencia del TJCE.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

89. STPICE, de 12 de julio de 2001 en el as. T-120/99, C. Kik contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos). Artículo 115 del Reglamento (CE) núm. 40/94- Régimen lingüístico ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior. Excepción de ilegalidad. Principio de no discriminación.
90. STJCE, de 4 de octubre de 2001 en el as. C-517/99. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht. Procedimiento incoado por Merz & Krell GmbH & Co. Marcas. Aproximación de las legislaciones. Artículo 3, apartado 1, letra d), de la Primera Directiva 89/104/CEE. Causas de denegación o de nulidad. Marcas compuestas exclusivamente por signos o indicaciones que se han convertido en habituales en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio. Necesidad de que los signos o indicaciones se hayan convertido en habituales para designar los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca. Irrelevancia de que los signos o indicaciones describan directamente las cualidades o características de los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca.

PAREJAS DE HECHO

91. STJCE, de 31 de mayo de 2001 en los asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P. D y Reino de Suecia contra Consejo de la Unión

Europea. Recurso de casación. Funcionario. Asignación familiar. Funcionario casado. Pareja inscrita de Derecho sueco.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS

92. STJCE, de 9 de octubre de 2001 en el as. C-409/98, Commissioners of Customs & Excise contra Mirror Group Ltd. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales). Sexta directiva sobre el IVA. Exención del arrendamiento de bienes inmuebles. Concepto. Compromiso de asumir la condición de arrendatario.
93. STJCE, de 9 de octubre de 2001 en el as. C-108/99, Commissioners of Customs & Excise contra Cantor Fitzgerald International. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England & Wales). Sexta directiva sobre el IVA. Exención del arrendamiento de bienes inmuebles. Concepto. Prestación de servicios. Subrogación a título oneroso de un tercero en un contrato de arrendamiento.

PRODUCTOS DEFECTUOSOS

94. STJCE, de 10 de mayo de 2001 en el as. C-203/99, Henning Veefald contra Arhus Amtskommune. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hojesteret. Aproximación de las legislaciones. Directiva 85/374/CEE. Responsabilidad de los daños causados por productos defectuosos. Exención de la responsabilidad. Requisitos.

PROTECCIÓN DE TRABAJADORES

95. STCJCE, de 25 de enero de 2001 en el as. C-172/99. Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus. Directiva 77/187/CEE. Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas. Contratos públicos de servicios. Servicios de transporte público no marítimo.
96. STJCE, de 8 de febrero de 2001 en el as. C-350/99. Petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht Bremen. Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral. Duración de la jornada o semana laboral normal. Normas aplicables a la prestación de horas extraordinarias. Régimen de prueba.
97. STJCE, de 29 de marzo de 2001 en el as. C-62/99. Petición de decisión prejudicial por el Landsarbeitsgericht Düsseldorf. Art. 11, apartados 1 y 2, de la Directiva 94/45/CE. Información que las empresas deben proporcionar previa solicitud. Información para determinar la existencia de una empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas de dimensión comunitaria.

RADIODIFUSIÓN

98. **STJCE, de 14 de junio de 2001 en el as. C-207/00, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana. Incumplimiento de estado. No adaptación del derecho interno a la Directiva 97/36/CE por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE. Coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.**

SEGUROS

99. **STJCE, de 14 de junio de 2001 en el as. C-191/99, Kvaerner plc contrat Staatssecretaris van Financiën. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden. Seguros distintos del seguro de vida. Directiva 88/357/CEE. Conceptos de establecimiento y de Estado en que se localice el riesgo.**
100. **Sentencia del Tribunal AELC, de 14 de junio de 2001 en el as. E-7/00, Halla Helgadóttir contra D. Hjaltason y Iceland Ins. Company Ltd. Petición de un dictamen consultivo por parte del Tribunal de Distrito de Reykjavik. Directivas sobre seguros de automóviles. Sistema normalizado de compensación. Compensación a víctimas.**

TRANSPORTE

101. **STJCE, de 4 de octubre de 2001 en el as. C-133/00, J. R. Bowden, J. L. Chapman y J. J. Doyle contra Tuffnells Parcels Express Ltd. Petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Appeal Tribunal, Londres. Ordenación del tiempo de trabajo. Directiva 93/104/CE. Artículo 1, apartado 3. Ámbito de aplicación. Transporte por carretera.**

BIBLIOGRAFÍA

Nota crítica

GARCÍA CARRASCO, Consuelo: *Supuestos de hecho de la exceptio non numeratae pecuniae en el Derecho romano*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, 270 pp.

La monografía de referencia constituye la memoria elaborada por la autora para la obtención del título de Doctor en la Universidad Carlos III de Madrid. El trabajo consta de cinco capítulos donde se aborda el origen, la evolución y el régimen jurídico de la *exceptio non numeratae pecuniae* y de los institutos procesales conexos (a los que se dedica el Capítulo V). Este conjunto de instituciones que, *brevitatis causa*, se agrupan bajo la denominación de *querela non numeratae pecuniae*¹, han sido definidos tradicionalmente como mecanismos de defensa procesal frente al documento escrito (ya sea *cautio stipulatoria*, ya sea *cautio simple*) en el que consta un mutuo o préstamo de dinero cuando realmente no se hubiese entregado dicha cantidad. La finalidad de estos expedientes es la de proteger al deudor de un mutuo aparente cargando la prueba, de que el dinero fue efectivamente, entregado sobre la persona que aparece como acreedor.

El interés de retomar de nuevo el estudio de este tema, al que se han dedicado numerosas monografías, está en la revisión crítica (Capítulos III y IV) a la que la autora somete la tesis tradicional (que limita el uso de la *exceptio non numeratae pecuniae* al caso del mutuo documentado por escrito en el que hubiese una ausencia total y absoluta de *datio*) a través del estudio de los textos que, aunque dispersos y fragmentarios, recogen otros posibles casos como préstamos con *usurae ilicitae* o casos de simulación.

En el Capítulo I se aborda el origen de la *exceptio non numeratae pecuniae*, problema muy debatido por la doctrina por diversos motivos, de un lado, las escasas referencias a esta excepción en las fuentes², justifican las diversas interpretaciones sobre si es de creación pretoria o de la cancillería imperial, si apareció en el seno del proceso formulario o en el cognitorio o si halla alguna correspondencia con algún remedio provincial o, por el contrario, es un expe-

¹ *Vid. FERRARI*, s.v. *querella non numeratae pecuniae*, NNDI, XIV, p. 673; *ARCHI*, «*Studi sulla stipulatio I. La querella non numeratae pecuniae*», *Scritti di diritto romano*, I, Milano, ed. Giuffrè, 1981, p. 523, nota 1; *LEVY*, «*¿A quels faits la querella non numeratae pecuniae tendait-elle a remédier?*», *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, ed. Giuffrè, 1983, p. 341.

² En las fuentes no encontramos sistematización orgánica de la *e.n.n.p.* y de los institutos afines, los textos con los que contamos son: Dos pasajes del Digesto pertenecientes a *ULPIANO*, D.44.4.4.16 (*Ulp. I. LXXVI ad ed.*) y D.17.1.29.pr. (*Ulp. I. VII disputat.*) y un título del Código, C.4.30, que reagrupa 16 constituciones imperiales bajo el título *De non numeratae pecuniae*. Fuera de la Compilación: CTh. 2.27; una Constitución *ex corpore Hermogeniani* 1.1.; *Ep. Gai* 2.2.9.11; *Lex Rom. Burgundionum* 31.2. y un papiro berlínés núm. 16976/77.

diente genuinamente romano, de otro lado, en relación con la naturaleza jurídica de la *exceptio non numeratae pecuniae*, surge la necesidad de definir la relación entre nuestra excepción y la *exceptio doli* y delimitar los distintos ámbitos de aplicación de las dos excepciones investigando si originariamente se oponía a la *cautio estipulatoria*³ –como mantiene la autora– o bien, al mutuo recogido por escrito⁴ –según la tesis que preferimos–, o bien a ambos casos⁵. Precisamente, el hecho de que la *stipulatio* sea una *obligatio verbis* que se perfecciona independientemente de la causa, explica la atención que la autora presta en el Capítulo II a la relación de la *e.n.n.p.* con el tema de la «degeneración» de la *stipulatio* y su transformación –según algunos autores– de *obligatio verbis* en *obligatio litteris* en conexión con el valor jurídico del documento al que se recurría para dejar constancia de la relación obligatoria.

Para la autora, la *exceptio n.n.p.* se concibió en el seno de la cancillería imperial en la época clásica tardía, situando su aplicación en territorio provincial en el sistema procesal de la *cognitio extra ordinem*⁶ y en relación con el

³ Para algunos autores originariamente este instituto jurídico únicamente hallaba aplicación frente a la *cautio estipulatoria*, *vid.* SCHELESINGER, *Zur Lehre vor der Formalkontrakte und der querella non numeratae pecuniae*, Leipzig, 1858, p. 10; GOLDSCHMIDTH, *La querella non numeratae pecuniae e la procedura dell'impero tedesco*, trad. Facelli, Torino, 1886, vol. II, p. 5; PUGLIESE, «L'onore della prova nel processo per formulas», RIDA, 3, 1956, p. 381; FERRARI, NNDI, s.v. *Querella non numeratae pecuniae*, t. XIV, Torino, 1957, p. 673.

⁴ BINDER, «Der justinianische Litteralkontrakt», *Studi Brugi*, Palermo, 1910, pp. 342 y ss.; SUMAN, «*De non numerata pecunia. Note critiche*», *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, 78, 1918-19, Milano, ed. Giuffrè, 1984, pp. 225 y ss.; ARCHI, «*Studi sulla stipulatio. La querella non numeratae pecuniae*», *Scritti di diritto romano I*, Milano, 1981, pp. 531 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, ed. Giuffrè, 1984, p. 96.

⁵ Para GNEIST, *Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts*, Berlino, 1845, pp. 268 y ss., la excepción nació y se desarrolló sobre todo en relación con las *cautiones estipulatorias*, aunque también era aplicable a las *cautiones simples*. LEVY opina que desde el principio (S. III d.C) vendría aplicada contra los documentos estipulatorios de mutuo como contra las cauciones simples. «*Die querella non numeratae pecuniae. Ihr Aufkommen und Ausbau*», *Gesammelte Schriften I*, Colonia-Graz, 1963, pp. 425 y ss. [= ZSS, 70, 1953].

⁶ La doctrina mayoritaria estima que la *exceptio non numeratae pecuniae* habría nacido en relación con el procedimiento cognitorio en el seno de la cancillería imperial a finales del S. II o principios del S. III d.C. *Vid.* PERNICE, «*Parerga. Der sogennante Realverbalkontrakt*», ZSS, 13 (1882), pp. 246 y ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Milano, 1909, pp. 516 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia...*, *cit.*, pp. 26 y ss. y 94 y ss. En el mismo sentido se manifiesta LEVY «*[Die querela...]*», *cit.*, ZSS, 1953, p. 225 que concreta aún más, afirmando que el origen de la excepción se produciría en el procedimiento extraordinario en relación con algunos territorios provinciales; opinión que no descarta PUGLIESE «*[L'onore della prova...]*», *cit.*, p. 383].

Sin embargo, no faltan autores que opinan que la *e.n.n.p.* tuvo su origen en el ámbito del proceso formulario. En este sentido, KRELLER [«*Zur Geschichte der exceptio non numeratae pecuniae*», *Studi Riccobono, II*, Palermo, 1936, pp. 285 y ss.] para el que sería como una *exceptio in factum* concedida por el pretor *causa cognita* contra documentos estipulatorios de mutuo cuando fuese difícil o imposible probar el dolo del actor, con un plazo de ejercicio de un año y comportaba la inversión de la carga de la prueba, transcurrido dicho plazo se propondría la *exceptio doli* que habría mantenido sus características hasta Diocleciano. Para otro grupo de autores, la excepción habría tenido su origen en el S. I. d.C en el Edicto del pretor y afirman que Caracalla, en la Constitución del 215 d.C., se habría limitado a invertir la carga de la prueba, *vid.* HUSCHKE, «*Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn und den gehöngem*» *Materien*, Stuttgart, 1882, pp. 102 y ss.; BUSCA, «*Ancora in tema di exceptio n.n.p.*», SDHI, 51, 1985, p. 483; TROFMUFF, «*La cause dans l'exception non numeratae pecuniae*», RIDA, 33 (1986), pp. 215 y ss. y 222 y ss.

mutuo formalizado mediante estipulación aunque pronto se extendería al mutuo simple⁷. Efectivamente la excepción debió tener su origen en relación con el procedimiento extraordinario, además de por las razones aducidas por la autora [tales como la fecha del 215 d.C. como primera mención textual a este mecanismo procesal, su régimen probatorio opuesto a los principios clásicos «*Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*»⁸ «*actore non probante, reus absolvitur*» y «*reus in exceptione actor est*»⁹ o el hecho de que las constituciones imperiales del título *De non numerata pecunia* (C.4.30) parezcan derivar de consultas de los provinciales a la cancillería para posteriormente hacer valer las respuestas obtenidas ante los órganos jurisdiccionales provinciales que en el S. III d.C. aplicarían los principios del proceso cognitorio (pp. 54 y ss.)], porque entendemos que este remedio procesal no pudo hallar aplicación en el proceso formulario, ya que, desde finales de la República y comienzos del Principado, el deudor, que alega no haber recibido la suma estipulada a pesar del documento, no niega la pretensión del actor fundada en la celebración de la *obligatio verbis*, sino que afirma la inexistencia de causa en la obligación abstracta con la posibilidad de encauzar su defensa a través de la excepción de dolo. Sin embargo, en ausencia de estipulación, la oposición del deudor, que alega la falta de entrega, toma la forma de negación absoluta de la pretensión del actor no pudiéndose hablar, en este caso, de excepción en sentido técnico. Por consiguiente, y a pesar de que sobre esta cuestión no se halle prueba textual en las fuentes, consideramos más probable que la *exceptio n.n.p.* naciese en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* propiciada por las consultas de los provinciales en relación con las simples *cautiones* de mutuo ante la importancia creciente del documento de reconocimiento de deuda (quirógrafo) en provincias¹⁰. Frente a esta opinión, la doctrina mayoritaria¹¹ y la propia autora mantienen que este instrumento procesal nació frente a los préstamos recogidos en una *cautio stipulatoria* como consecuencia de la preocupación sobre la atribución de la carga de la prueba en la *exceptio doli*, dado que la posición del deudor era muy complicada ya que quien afirma el dolo del acreedor tiene que probarlo¹² y, ante la dificultad de probar un hecho negativo, el ordenamiento habría creado la *exceptio non numeratae pecuniae* que invertía la carga de la prueba.

La inversión del *onus probandi* supone que, si el demandado niega la entrega de la suma de la que se pide la restitución, la *numeratio pecuniae* debe ser probada por el actor¹³. Esta característica de la excepción representa –como afirma la propia autora y la casi generalidad de la doctrina

⁷ Así parece derivarse de la idea sostenida por la autora (p. 195) en relación con la utilización de la *e.n.n.p.* frente a una obligación con apariencia de mutuo cuando la verdadera causa del negocio fuese otra (mutuo simulado), donde afirma que en el S. III d.C. y al amparo del proceso cognitorio es indiferente que se trate de mutuo simple o de mutuo estipulatorio, siempre que exista apariencia de mutuo.

⁸ D.22.3.2. PAUL. I. LXIX *ad ed.*

⁹ D.44.1.1. ULP. I. IV *ad. ed.*

¹⁰ *Vid.* la bibliografía citada en la nota 1.

¹¹ La prueba del dolo debe ser facilitada por quien lo alega, concretamente por quien opone la excepción de dolo, así nos lo hace saber UPLIANO D.22.3.18.1 (Ulp. I. IV *disputat.*) y D.44.4.2. (Ulp. I. LXXVI *ad ed.*)

¹² Lo que deriva de dos Constituciones, una de CARACALLA del año 215 d.C., C.4.30.3, y otra de DIOCLECIANO, C.4.30.10.

¹³ PUGLIESE, «*L'onore della prova...*», *cit.*, pp. 349 y ss. y p. 383; Lévy, J. Ph., «*Exceptio non numeratae pecuniae. La loi de 215: une révolution dans le droit de la preuve?*», *IURA*, 36 (1985), pp. 107 y ss.

na¹⁴— una reforma procesal esencial porque introdujo una fisura en el sistema tradicional de prueba, derogando los principios y reglas que establecían que el demandado que utiliza una excepción debe facilitar su prueba¹⁴. En otro lugar, la autora (pp. 138 y ss.) concreta aún más y distingue entre carga formal de la prueba (deber de facilitarla) y carga material de la prueba (deber de correr con las consecuencias de la eventual ausencia de aquélla) advirtiendo que en el procedimiento cognitorio la rigidez de la segunda norma era menor que en el proceso formulario pues al estar vigente el principio inquisitivo o de libre investigación, el juez funcionario —*motu proprio*— tiene la prerrogativa de solicitar de cualquiera de las partes la aportación de otras pruebas, de modo que la *e.n.n.p.* que impone al acreedor la obligación de probar la entrega del dinero, coarta el inicial arbitrio judicial. Por su parte, Levy¹⁵, seguido por un sector doctrinal minoritario¹⁶, considera que la inversión del *onus probandi* no representó una gran innovación procesal porque en época clásica las reglas en materia de prueba eran poco estrictas y dejaban gran libertad al *iudex privatus*, por consiguiente —continúa el autor— no supuso un gran cambio en relación con lo que vendría haciendo el juez en el ejercicio de su discrecionalidad en relación con la excepción de dolo donde la alegación de la falta de entrega del dinero, en cuanto prueba negativa, no habría podido venir exigida al demandado; de modo que la única novedad estaría en la imposición legal de la inversión de la carga de la prueba en relación con el procedimiento cognitorio. Frente a esta postura y en favor de la tesis mantenida por la autora, advertimos con Pugliese¹⁷, que en las fuentes se dice de forma general que la prueba del dolo corresponde a quien lo alega¹⁸ y no hay ningún indicio de que la utilización de la excepción de dolo frente a la *condictio* del estipulante traslade la carga de la prueba al demandante¹⁹; si en materia de *pecunia credita* la solución hubiese sido distinta, los juristas clásicos no habrían dejado de advertirlo expresamente y los compiladores no tendrían porqué haberlo suprimido o modificado habida cuenta de que se adecuaba perfectamente a las normas que, para este caso concreto, regían en época Justiniana.

Otra característica de la *exceptio n.n.p.* es que, a partir de una determinada fecha, deviene prescriptible frente al carácter perpetuo de la *exceptio doli*. La *exceptio n.n.p.* protege al deudor en detrimento del acreedor imponiendo a este último la carga de la prueba sin posibilidad de utilizar el documento de crédito, pero al mismo tiempo limita su plazo de ejercicio en contraste con el principio general de imprescriptibilidad de las excepciones²⁰; limitación que —en nuestra opinión— más que fijarse en defensa de los acreedores de buena fe²¹, derivaría de la exigencia de dar certeza a las relaciones entre particulares, en consonancia con la tendencia postclásica —constatada por la autora²²— de dar

¹⁴ PALERMO, *Studi sulla «exceptio» nel diritto clásico*, Milano, ed. Giuffrè, 1956, pp. 97 y ss.; PUGLIESE, «L'onore della prova...», *cit.*, pp. 349 y ss. y 381 y ss.

¹⁵ LEVY, E., «Beweislast im klassischen Recht», IURA, 3 (1952), pp. 155 y ss., *id.*, «Die querela...», *cit.*, ZSS, 1953, pp. 219 y ss. y 226 [= Ges. Schriften, I, pp. 425 y ss.].

¹⁶ KASER, «Beweislast und Vermutung im römische Formularprozess», ZSS, 1954, pp. 221 y ss.; ARIAS BONET «Sobre la *querela* y la *exceptio non numeratae pecuniae*. Derecho romano y vicisitudes medievales», AHDE, 52 (1983), pp. 113 y ss.

¹⁷ PUGLIESE, «L'onore della prova...», *cit.*, p. 282.

¹⁸ (*Vid.* UPLIANO D.22.3.18.1(I. VI *disputat*), y D.44.4.2(I. LXXI *ad ed.*)

¹⁹ (*Vid.* Gayo 4.116 a; 119; Ulp.D.44.4.2.3.(I. LXXVI *ad ed.*)

²⁰ D.44.4.5.y 6. (Paul. I. LXXI *ad ed.*)

²¹ BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio*...», *cit.*, p. 482

²² GARCÍA CARRASCO, *Supuestos de hecho...* *cit.* p. 61.

seguridad al tráfico jurídico evitando el carácter perpetuo de los medios procesales para que situaciones jurídicas que parecían consolidadas, no pudieran devenir fácilmente litigiosas²³.

Las fuentes atestiguan que, al menos, desde un rescripto de Alejandro Severo emanado en el año 228²⁴, viene fijado un plazo de ejercicio para la excepción, plazo que no viene especificado en la ley; sólo posteriormente, según se desprende de una Constitución conservada en un Epítome del Código Hermogeniano²⁵, Diocleciano²⁶ fijó el plazo de prescripción en 5 años, reducido a dos por Justiniano²⁷.

La ambigüedad con la que se expresa la constitución de Alejandro Severo en relación con el plazo de ejercicio de la excepción, *si intra legibus definitum tempus...*, hace que algunos autores²⁸ consideren que originariamente no se fijó limitación temporal alguna. Sin embargo, la autora sostiene, a pesar de la falta de datos directos y expresos en las fuentes, que es muy probable que el plazo viniese fijado con anterioridad a la época de Alejandro Severo, concretamente por la cancillería de Caracalla²⁹, fundándose en el hecho de que precisamente la sujeción a término de la *exceptio* condiciona la existencia de otro mecanismo procesal, la llamada *querimonia* o *querella non numeratae pecuniae*³⁰ a la que ya se refiere Caracalla en C.4.30.4 y cuya utilización por parte del deudor o su heredero sirve para interrumpir la prescripción de la excepción y perpetuar su ejercicio³¹, dado que –para la autora– la excepción y la querela nacieron simultáneamente, concluye que no se comprendería la razón de ser de la querela si la excepción no estaba sometida a plazo. Una vez aceptada la existencia de dicho plazo, la autora opina que el término fue fijado en un año³²

²³ CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., p. 95.

²⁴ *Si intra legibus definitum tempus qui cautionem exposuit nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem quam adversus heredes eius. Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et adversus heredes perpetuo competit. Sin vero legitimum tempus excessu in querimoniam creditore minime deducto, onmimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compelletur.*

²⁵ Epit. Cod. Hermog. Wisigothica I.1.–Aurelio Alexio. *Exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquenii spatio deficere nuper censuimus. Scripta VII id. April. Sirmio Caesaris cons.*

²⁶ La doctrina duda sobre la autoría de la Constitución, atribuyéndola a emperadores de épocas tan dispares como Marco Aurelio, Caracalla, Alejandro Severo o Diocleciano; sobre este tema con detalle, *Vid. BUSCA*, «Ancora in tema di *exceptio...*», cit., pp. 486 y ss.

La autora atribuye la Constitución citada a Diocleciano (p.62), lo que parece más razonable, si tenemos en cuenta que el Código Hermogeniano, como suplemento del Código Gregoriano, recoge rescriptos de Diocleciano y de sus sucesores, Constantino y Valentíniano. Algunos autores concretan la fecha de la Constitución en el año 294 d.C. *vid. FIRA*, II, p. 665; ARIAS BONET, «Sobre la querela...», cit., p. 120.

²⁷ C.4.30.14 Justiniano (año 528 d.C.)

²⁸ BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio...*», cit., p. 488. TROFIMOFF, «La causa dans la *exceptio non numeratae pecuniae*», RIDA, 33, 1986, p. 222.

²⁹ En este sentido se manifiesta ARIAS BONET, «Sobre la querela...», cit., p. 119 y nota 20.

³⁰ La autora (p. 60), siguiendo a MESSINA VITRANO «[La litterarum obligatio nel Diritto giustinianeo]», A.G., 80 (1908), pp. 119 y ss.] identifica la *querimonia* con la *querella*.

³¹ *Vid. C.4.30.8 (Imp. Alexander, año 228 d.C.) y C.4.30.10 (Imp. Diocletianus)*. De estas constituciones emerge claramente la relación entre la *querela* y la *exceptio*. De la Constitución de Caracalla deriva claramente la existencia de un plazo para el ejercicio de la excepción y que la *querela* tiene la finalidad de perpetuar dicha excepción.

³² Lo que deriva de las palabras «*non anni sed quinquenii*» recogidas en el Epítome del Código Hermogeniano I.1

computable a partir del momento en que la obligación deviene exigible³³, después de este momento ya no podría hacerse valer ni la excepción de dolo ni la *e.n.n.p.* y el documento constituiría prueba plena de cuanto atestigua en torno a la entrega del dinero.

El Capítulo II se centra en el estudio de la *stipulatio* de mutuo. La costumbre de recoger por escrito el contenido de la *obligatio verbis* a través de una *cautio* estipulatoria, primero, y a través de un quirógrafo de mutuo³⁴, después³⁵, hace que la autora se plantea la cuestión del valor del documento en conexión con la transformación sufrida por la estipulación.

En este sentido, buena parte de la doctrina relaciona el origen de la *exceptio non numeratae pecuniae* con el proceso de transformación de la *stipulatio* lo que adquiere especial relevancia si tenemos en cuenta que es precisamente en el período indicado (finales del S. II o principios del III d.C.) cuando se produce más claramente la relajación de los requisitos clásicos para la celebración de una estipulación válida pues hasta la época diocleciana se observa la preocupación de la cancillería imperial por hacer cumplir aquellos requisitos, exigiendo el cumplimiento de las formalidades orales³⁶. La *communis opinio* entiende que, al menos, durante la época clásica y hasta Diocleciano la estructura clásica de la *stipulatio* se conservó y el escrito, que recogía su celebración, tuvo un valor *ad probationem*. A partir de este momento se inició un proceso de «degeneración» de la *stipulatio* sobre cuyo alcance la doctrina no se pone de acuerdo. A continuación nos limitaremos a recoger las posturas más ilustrativas al respecto.

Para un sector doctrinal, se produjo la conversión de la *stipulatio* de *obligatio verbis* en *obligatio litteris*. En este sentido, Riccobono³⁷ opina que la *stipulatio* conservó sus características hasta Diocleciano a través de declarar la formalidad oral como esencial para su celebración pero a partir de Constantino y por influencia de la *praxis* de las provincias Orientales halla reconocimiento oficial el contrato literal y la estipulación empieza a abandonar su forma de solemnidad oral fundiéndose con el escrito. Posteriormente, Justiniano, a través de oportunas modificaciones introducidas en los textos clásicos, confirió fuerza vinculante a la declaración contenida en el documento estableciendo presunción absoluta de que la estipulación se celebró en presencia de las partes y con el cumplimiento de las formalidades clásicas. En su opinión la *e.n.n.p.* se concibió como una *exceptio in factum* sometida a un breve término y se aplicó en época postclásica a las *obligationes litteris* de

³³ TROFIMOFF «[La causa dans la *exceptio...*», cit., p. 223] opina que el plazo de prescripción comienza a contar desde que el acreedor ejerce la *conductio*, pues de otra manera, bastaría con que el acreedor esperase un año.

³⁴ La autora (p. 78, nota 3) advierte que utiliza ambos términos para referirse al mismo documento explicando que «antes de producirse la desnaturalización del negocio estipulatorio, el documento en el que se dejaba constancia de la ceremonia estipulatoria era la *cautio...* Con el devenir del tiempo, la promesa abstracta de deuda en que la *stipulatio* consistía, empezó a incluirse en un documento de procedencia griega que respondía a la denominación de quirógrafo».

³⁵ MITTEIS afirma que fue a partir del S. III d.C. cuando se difundió la utilización del quirógrafo (reconocimiento de deuda autógrafo suscrito por el emisor) para el mutuo y la estipulación.

³⁶ *Vid.* C.4.2.6.1; 4.2.14; 4.2.5.1; 8.42(43).13; *Cfr.* C.4.31.6. (Alej. Sev.) y C.8.42(43).6 (Gordiano).

³⁷ RICCOBONO, «*Stipulatio ed instrumentum* nel diritto giustinianeo», ZSS, 35, 1914, pp. 214 y ss. y ZSS, 43 1922, pp. 262 y ss.

forma análoga a la excepción de dolo frente a la estipulación. A partir de Justiniano vendría admitida frente a las estipulaciones de mutuo en cuanto que en este momento la *stipulatio* era concebida *re et verbis*. En sentido semejante se expresa Frese³⁸ que afirma que el proceso de transformación de la estipulación iniciado en el S. III d.C. llevó a que en época postclásica el documento de mutuo romano perdiese su valor exclusivamente probatorio para transformarse en un contrato formal. En su opinión, la aparición de la *e.n.n.p.* es una reacción del Derecho romano frente a la concepción griega del síngrafos, instituto de origen provincial que habría devenido de aplicación general en época postclásica cuando el documento de mutuo se transformó en *obligatio litteris*.

Para otro sector doctrinal, el contrato estipulatorio nunca perdió su naturaleza de *obligatio verbis* y el documento en que se deja constancia de los términos de la estipulación tuvo un valor meramente probatorio. En este sentido, Gneist³⁹ opina que, si bien a partir del S. II, por el uso del documento escrito, se generalizó la costumbre de recoger una cláusula sintética al final del documento cuya mención presuponía que en realidad se habían cumplimentado las formalidades necesarias para la celebración de la estipulación, el quirógrafo nunca fue reconocido por los romanos como *obligatio litteris* sino como un elemento *ad probationem*. En su opinión, la aparición de la excepción está en relación con la modificación sufrida por la *stipulatio*, que ya no se contraría de forma exclusivamente oral sino a través de la redacción de una *cautio*, la *e.n.n.p.* habría surgido en el año 215 d.C. frente al valor probatorio del documento, obligando al acreedor a probar la efectiva entrega del dinero. Para Biondi⁴⁰ la *stipulatio* nunca perdió su carácter de *obligatio verbis* pero reconoce que su eficacia pasó gradualmente de las palabras al consenso lo que produjo desde la época postclásica la atenuación de los requisitos de la oralidad y de la presencia de las partes; existiendo documento se presume que se produjo la necesaria formalidad oral. Para la autora, el proceso de transformación de la *stipulatio* no supuso su sustitución por una *obligatio litteris*, señala la paulatina causalización de la estipulación a través del ejercicio de la *excep-
tio doli*, primero, y de la *e.n.n.p.*, después, lo que produjo que el negocio estipulatorio perdiese su carácter de abstracción material (entendida como independencia del negocio formal con el negocio fundamental o subyacente) aunque conservó su abstracción funcional (posibilidad de dar cobertura a cualquier causa jurídica). Afirma –siguiendo la tesis de Biondi– que sólo las palabras tuvieron valor integrativo o *ad solemnitatem* y considera que, a pesar de que la cláusula *et stipulatus spoundi* añadida al quirógrafo de mutuo redujo la presencia de las partes a simple presunción, el escrito únicamente tuvo valor *ad probationem* y por consiguiente la *e.n.n.p.* no pudo utilizarse como medio procesal para privar a la *cautio* de su carácter de *obligatio litteris*. Igualmente niega que la aparición del nuevo remedio procesal esté relacionado con el valor del documento en el que se recoge la celebración de la *stipulatio* porque estima que el quirógrafo de mutuo no fue considerado título ejecutivo por el Derecho romano y ni siquiera alcanzó valor de prueba privilegiada, por consiguiente, opina que los fines que llevaron a la cancillería

³⁸ FRESE, «Zur Lehre von der Quittung», ZSS, 18 (1897), pp. 268 y ss.

³⁹ GNEIST, *Die formellen Verträge...* cit., pp. 256 y ss.

⁴⁰ BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milán, ed. Giuffrè, 1953, pp. 256 y ss.

a introducir este expediente procesal fueron de otra índole, como la represión de los préstamos a interés abusivo.

Opinamos –con la autora– que la transformación sufrida por la *stipulatio* fue más estructural que formal, produciéndose la pérdida del carácter abstracto del negocio. En este sentido se expresa Archi⁴¹, para quien la *stipulatio* clásica conservó sus características hasta Diocleciano, sin embargo la mentalidad vulgar (incapaz de distinguir entre el negocio jurídico y la causa del mismo) no entendió el carácter abstracto del negocio, lo que provocó que en esta época asistamos a –lo que el autor denomina– la «emersione delle singole causa» que se produce en el campo contractual en general y donde la causalización de la *stipulatio* vendría a ser un supuesto más dentro de la política legislativa imperial.

Consideramos que, si bien la *stipulatio* se transformó en un negocio jurídico causal donde asume un valor preferente el consentimiento de las partes, continuó siendo una *obligatio verbis*, de modo que para el Derecho romano el carácter constitutivo únicamente puede predicarse de la oralidad y el *instrumentum* era considerado simplemente un medio de prueba. Por ello, la introducción del nuevo sistema de la *querella non numeratae pecuniae* no puede relacionarse con la pretendida crisis del negocio jurídico formal de la *stipulatio*, que hasta Diocleciano conservó su propia estructura, sino con el campo más amplio de la política legislativa imperial en su intento por conservar la tradición jurídica romana frente a las instituciones extranjeras⁴². Dicho de otro modo, la aparición de la *e.n.n.p.* y los institutos afines está relacionada con la tensión entre la concepción romana de la estipulación como *obligatio verbis*, que –en nuestra opinión– se conservó hasta el final de la evolución del Derecho romano, y la concepción helenística en torno al valor del documento. En este sentido, Archi⁴³ opina que, en Oriente, la mentalidad provincial acaba por no dar importancia a la cláusula estipulatoria que solía añadirse al quirógrafo de mutuo, atribuyendo valor constitutivo a la declaración escrita, mientras, en Occidente, la política legislativa de la cancillería imperial, aunque aparece guiada por un espíritu innovador consciente de la mayor difusión e importancia práctica del documento, viene limitada por dos puntos firmes: la fuerza constitutiva de los *verba* y la eficacia probatoria del *instrumentum*, de modo que sólo se concibe como contrato la *stipulatio* oral aunque, en ella, asume un valor preferente el acuerdo, conservando el documento un valor exclusivamente probatorio. Para este autor la excepción y los institutos a ella conexos nacieron y se desarrollaron en la cancillería como instrumentos de la *cognitio extra ordinem* frente a los simples documentos de mutuo para evitar

⁴¹ ARCHI, «Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano», *Scritti di diritto romano*, vol. III, Milano, 1981, pp. 1800 y ss. Y sobre todo pp. 1819 y ss.; id., «Studi sulla *stipulatio...*», cit., p. 616.

⁴² Despues de la *Constitutio antoniniana* la cancillería imperial debió dirigirse en múltiples ocasiones a los neorromanos (sobre todo a los ciudadanos helenísticos) para aclararles cuáles eran los principios del puro Derecho Romano a los que estaban obligados a someterse. *Vid. Guarino, La condanna nei limiti del possibile*, 2.^a ed. Napoli, ed. Jovene, 1978, p. 36. En concreto en el campo procesal, a pesar de la prevalencia de la *cognitio extra ordinem*, las fuentes clásicas siguieron constituyendo la guía de la jurisdicción también en provincias (expresamente se refieren a la aplicación del Edicto del pretor en provincias: C.8.30.3; C.2.19.7; C.8.6.1; C.8.46.9; C.5.42.4; C.2.12.19; C.7.72.9; C.8.2.2).

⁴³ ARCHI, «Studi sulla *stipulatio...*», cit., pp. 531 y ss.; id., «Indirizzi e problemi...», cit., pp. 1810 y ss. y 1821 y ss.; Id., «Civiliter vel criminaliter agere (Contributo storico –dommatico al problema della eficacia della *scriptura*)», *Scritti di diritto romano*, vol. III, pp. 1634 y ss.

que el acreedor obtuviese satisfacción, independientemente de la existencia material de la causa.

En nuestra opinión, es indudable que en la parte Oriental del Imperio la realidad jurídica era diversa. En este sentido, las fuentes⁴⁴ atestiguan la existencia y difusión del contrato literal entre los habitantes de las provincias orientales; del estudio de los textos, principalmente el falso Asconio⁴⁵, y de algunos papiros egipcios, Mitteis⁴⁶ llega a la conclusión de que entre los griegos y los egipcios existía una *obligatio litteris, syngrapha*, que era un contrato abstracto en el que se recogía un mutuo ficticio y donde el escrito era fuente de la obligación. En relación con el quirógrafo sólo contamos con la escasa información que nos facilita Gayo: «*Praeterae litteratum obligatio fieri videtur chirografis et singrafis...*». En cualquier caso —como señala Arias Ramos⁴⁷— cuando la Constitución antoniniana extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio y, por tanto, les fueron aplicables los principios romanos, la concepción del síngrafo y, quizás también del quirógrafo, se contraponen a los principios clásicos y, por ello, tales documentos quedan como simples medios de prueba. Simultáneamente, y a partir de Caracalla, la *stipulatio* adquiere amplia difusión entre los provinciales que recogen su celebración en un documento de reconocimiento de deuda (*chirographum*), donde la necesaria ceremonia verbal viene reducida a una simple cláusula de estilo recogida al final del documento⁴⁸ cuya mención daba a entender que, en realidad, se desarrollaron las formalidades necesarias para la celebración de la estipulación. En este caso, si hubo *stipulatio* pero no se produjo la efectiva entrega del dinero, la *obligatio nace verbis* y el deudor sólo puede utilizar en su defensa la *exceptio doli*. En cuanto al sistema de la *querella non numeratae pecuniae* surgió y se desarrolló en la cancillería imperial como instrumento de la *cognitio extra ordinem* ante las preguntas planteadas por los provinciales sobre el valor del simple quirógrafo de mutuo cuando no se hubiese producido la *datio rei* (aunque pronto se aplicaría a las *cautiones stipulatoriae* que comenzaron a ser recogidas en simples quirógrafos donde la estipulación devino simple cláusula de estilo), con el fin de evitar que el acreedor pudiese hacer valer lo reconocido en el documento independientemente de la existencia efectiva de la causa, lo que se conseguía por la vía de la inversión del *onus probandi* y privando de valor probatorio al escrito, pues, de otro modo, si se hubiese concedido al acreedor recabar la prueba del simple documento, se estaría equiparando la *stipulatio* de mutuo con el simple quirógrafo de mutuo.

La autora opina que el nuevo remedio procesal sirvió para poner freno a los préstamos a interés abusivo por la vía de perjudicar la posición procesal de los prestamistas que corrían con la carga de probar la licitud de los intereses (capítulo III) y no descarta que éste fuese el supuesto que la cancillería imperial quiso regular con el nuevo mecanismo procesal, sin embargo, consciente de que «el simple estudio de las fuentes referidas a la e.n.p.p. no proporciona

⁴⁴ GAYO III.134.

⁴⁵ PS. ASCONIO 2.1.91

⁴⁶ MITTEIS, *Reichsrechts und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Lipsia, 1891 p. 16, nota 2 y 459 y ss.

⁴⁷ ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, vol. II, 18.^a edic., ed. Rev. De D. Privado, 1986, p. 622.

⁴⁸ D.2.14.7.12 (ULP.); MITTEIS, *Reichsrechts und Voldsrecht...*, cit., p. 459 y ss.; GNEITS, *Die formellen Verträge...*, cit., pp. 256 y ss.; ARCHI, «Indirizzi e problemi...», cit., p. 1821.

un argumento sólido a favor de esta idea...», aborda no sólo los aspectos jurídico-procesales sino también la vertiente socioeconómica del problema, constatando la frecuente *praxis* de prestar a interés abusivo y la poca efectividad de los remedios jurídicos recogidos por el ordenamiento para controlar dichas prácticas, lo que –según la autora– bien podría justificar la existencia de un medio de defensa procesal como la *e.n.n.p.*

Desde luego, considero que toda reforma legislativa tiende a dar respuesta a un problema social y, sin duda, la aparición del nuevo mecanismo procesal obedeció a consideraciones político-sociales⁴⁹ frente a la frecuencia de los abusos de los prestamistas que actuaban fraudulentamente documentando relaciones de crédito que carecían de base efectiva (préstamo sin *datio*). Ahora bien, ¿sería este remedio aplicable al supuesto de mutuo con *usurae ilicitae*? La autora responde afirmativamente y en apoyo de su tesis menciona los siguientes textos: C.4.30.2 de Caracalla; C.4.30.9 de Diocleciano y Maximiano e, indirectamente, C.4.30.4.

La doctrina ha interpretado estos pasajes de muy diversas maneras de acuerdo con la propia tesis sobre el origen y naturaleza de la *e.n.n.p.* En esta sede prescindiré del enunciado pormenorizado de las distintas posturas doctrinales⁵⁰ y me limitaré a dar mi opinión sobre este tema pues a través de los argumentos expuestos resultarán criticadas, asumidas o rechazadas, las distintas tesis mantenidas.

El primero de los textos mencionados es una constitución emanada por Caracalla en el año 213 d.C. El pasaje se refiere a un caso en que el deudor había recibido una cantidad inferior a la documentada y pedida por el acreedor.

C.4.30.2 (*Imp. Antoninus A. Maturio*).—*Minorem pecuniam te accepisse et maioris cautionem interpossuisse si apud eum qui super ea re cogniturus est constiterit, nihil ultra quam accepisti cum usuris in stipulatum deductis restituere te iubebit* (año 213).

De la lectura del texto se pueden recabar los siguientes datos ciertos: en primer lugar, el pasaje trata de una *cautio stipulatoria*, lo que viene confirmado –como señala ARCHI⁵¹– porque en el lenguaje de los clásicos la expresión *interponere cautionem* se refiere generalmente a la *stipulatio*⁵². La doctrina opina que se trata de una *stipulatio sortis et usurae* donde se recoge el capital más los intereses. En segundo lugar, destaca el contexto *extra ordinem* de la contestación imperial «*nihil ultra quam accepisti... restituere te iubet*». Dicha solución contrasta con los principios del procedimiento formulario,

⁴⁹ PUGLIESE, «L'onore della prova...», *cit.*, p. 284; ARIAS BONET, «Sobre la *querella*...», *cit.*, pp. 117 y ss.

⁵⁰ Para unos autores, siguiendo un pasaje de los Bas. 23.1.64.1109, la constitución otorgaba la *e.n.n.p.* con el mismo efecto que si nada se hubiese recibido, en este sentido BUSCA, «Ancora in tema di *exceptio*...», *cit.*, p. 483. Para este autor, dado que el pasaje nada dice sobre la carga de la prueba, supone, en base al término *constiterit* que incumbiría al deudor. Para otros autores, el emperador no menciona la *e.n.n.p.* porque hasta Diocleciano no fue admitida frente a las *cautiones* estipulatorias, en este sentido se manifiesta ARCHI, «*Studi sulla stipulatio*...», *cit.*, pp. 630 y ss. *Cfr.* CIMMA, *De non numerata pecunia*..., *cit.*, pp. 51 y ss. Para otros autores este caso se halla fuera del ámbito de aplicación de la *e.n.n.p.* *vid.* SUMAN, *De non numerata pecunia*..., *cit.*, pp. 245 y ss. KRELLER, «*Zur Geschichte der exceptio*...», *cit.*, p. 294, nota 48. En todo caso, la autora recoge las distintas posiciones doctrinales en las pp. 154 y ss.

⁵¹ ARCHI, «*Studi sulla stipulatio*...», *cit.*, p. 630.

⁵² *Vid.* V.I.R: *s.v. cautio*.

pues la interposición de la *exceptio* no produciría la absolución del demandado por *pluris petitio* sino que conllevaría una disminución de la condena y esto –según la *communis opinio*⁵³– no es posible en el procedimiento formulario⁵⁴. En tercer lugar, el texto no menciona la *e.n.n.p.*, de hecho el emperador evita designar técnicamente la defensa del demandado omitiendo, incluso, el término *exceptio* y tampoco hay mención al particular sistema probatorio de nuestra excepción.

En nuestra opinión –conforme a la tesis que hemos venido manteniendo– es probable que el texto no hable de la *e.n.n.p.* porque en el año 213 d.C. todavía no era ejercitable más que ante los documentos simples de mutuo. Entonces ¿a qué remedio procesal se refería Caracalla?. Para la autora, no cabe hablar de la *e.n.n.p.* sin riesgo de incurrir en error, pero afirma como muy probable que se trate de una *exceptio in factum* que pronto pasaría a ser la *e.n.n.p.*, válida tanto para el préstamo sin *datio*, como para el préstamo con usuras ilícitas y no descarta que la cancillería estuviese pensando en dar respuesta a este último supuesto dada la frecuente *praxis* de prestar a interés abusivo y la poca efectividad de los remedios discutidos por el ordenamiento para ponerles freno.

En cuanto al segundo texto, C.4.30.9, es una Constitución de Diocleciano y Maximiano (287-304) del que, en general, la doctrina estima que no pueden extraerse demasiados datos fiables⁵⁵. Se refiere a una estipulación de mutuo donde se recoge el capital prestado más los intereses y se hace referencia a una *exceptio in factum* para hacer valer la recepción de menos de lo estipulado:

Cum ultra hoc, quod accepit, re obligari neminem posse constet, et stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum dandam exceptionem convenit, si necdum tempus, infra quod huius rei querela deferri debet transiit; vel si intra hoc, quod accepisti, sortis a te nomine rector provinciae patietur.

Tal y como aparece redactado actualmente el pasaje, se menciona una estipulación en la que las partes acuerdan recoger como *sors* tanto la suma prestada como las usuras derivadas. Frente a este hecho, el emperador otorga una *exceptio*, llamada *in factum*, con lo que el demandado sólo vendría obligado a pagar a título de *sors* el capital realmente entregado como tal. Sin embargo, esta práctica era perfectamente válida en época diocleciana, el anatocismo únicamente vino prohibido por Justiniano en el año 529 d.C⁵⁶, por tanto, el texto debe estar interpolado, lo que viene confirmado por Talaleo, que informa en el escolio 3 de los Bas. 23.1.71, que el texto fue modificado por los compiladores para adecuarlo a la reforma justineana sobre el anatocismo.

La doctrina se ha centrado en el ejercicio de una *exceptio in factum*, que algunos autores han identificado con la *e.n.n.p.* y el régimen de la *querella*,

⁵³ *Vid. CIMMA, De non numerata pecunia..., cit.*, pp. 51 y ss y toda la bibliografía citada por este autor en la nota 137.

⁵⁴ En relación con el procedimiento cognitorio, la autora opina (p. 158 y ss.) –frente a la generalidad de la doctrina– que el régimen de la *pluris petitio* se mantuvo en vigor, concibiéndose la *pluris petitio re* como un ilícito procesal que conllevaría la pérdida del proceso, pero estima que la regulación en materia de *pecunia* entregada en mutuo debió constituir una excepción a la regla general

⁵⁵ LEVY, «Die querela...», *cit.*, p. 441; ARCHI, «Studi sulla stipulatio...», *cit.*, p. 639; CIMMA, *De non numerata pecunia..., cit.*, pp. 80 y ss.

⁵⁶ C.4.32.28 (año 529).

para hacer valer la recepción de una cantidad menor a la estipulada. Sin embargo, el texto no menciona la *exceptio non numeratae pecuniae* ni tampoco hay huella del especial régimen probatorio de la misma y no se comprende fácilmente por qué Diocleciano, si quiso referirse a nuestra excepción, habla, en cambio, de una *exceptio in factum*. Para Cimma⁵⁷ la cancillería evitó mencionarla porque esta expresión había devenido técnica para oponerse a la falta de entrega del dinero y no al montante de la suma a restituir. Para Archi⁵⁸ la equiparación de la *e. in factum* con la *e.n.n.p.* se debe a los compiladores justinianeos.

Para la autora, la conclusión que se extrae de la lectura de estas dos constituciones imperiales es que la *e.n.n.p.*, tradicionalmente vinculada por la doctrina a la *cautio* de un préstamo sin *datio rei*, también pudo utilizarse para los casos en que habiendo existido *datio*, ésta era inferior a la documentada, respondiendo el excedente a intereses que no siempre debían ser lícitos. A pesar de que ninguno de los textos mencionados hace referencia a la inversión del *onus probandi*⁵⁹, característica esencial de la *e.n.n.p.*, la autora se inclina a pensar que la carga de la prueba recaía sobre el acreedor en base a la necesidad económico social de poner freno a los préstamos a alto interés.

Sin embargo, en mi opinión, debido a la escasez de los datos proporcionados por las fuentes, la tesis de la autora, aunque muy sugestiva y bien construida sobre la realidad económico social del momento, no puede erigirse como segura y definitiva.

En el capítulo IV, la autora, después de poner de manifiesto la frecuente *praxis*, tanto en Derecho greco-egipcio como en Derecho romano⁶⁰, de recurrir al quirógrafo para llevar a cabo la conversión en mutuo de un negocio jurídico que en realidad respondía a otra causa⁶¹ debido a las ventajas procesales que derivaban de la *condictio certae creditae pecuniae*, se propone, a través del estudio de C.4.30.5 (año 223) y C.2.6.3 (año 240), averiguar si fue posible el empleo de la *e.n.n.p.* cuando no fuese *credendi* la causa de la obligación⁶².

En cuanto al primero de los textos mencionados, C.4.30.5, es un rescripto de Alejandro Severo fechado en el año 223 d.C.

*Adversus petitiones adversarii si quid iuris habes, uti eo potest.
Ignorare autem non debes, non numeratae pecuniae exceptionem
ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Quum autem ex
praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non
requiritur, an tunc, quum cavebatur, numerata sit, sed an iusta
causa debiti praecesserit.*

⁵⁷ CIMMA, *De non numerata pecunia...*, *cit.*, p. 81.

⁵⁸ ARCHI, «*Studi sulla stipulatio...*», *cit.*, p. 641.

⁵⁹ La doctrina se divide entre los autores que atribuyen el *onus probandi* al acreedor *vid.* la autora, p. 157 y los que lo atribuyen al deudor, *vid.* BUSCA, «*Ancora in tema di exceptio...*», *cit.* p. 384

⁶⁰ *Vid.* D.4.4.40.pr.; D.12.1.15 y D.17.1.34., analizados por la autora en las pp. 205 y ss.

⁶¹ Entre la doctrina, consideran frecuente la conversión de una *causa debendi* diversa y precedente en forma de mutuo, los siguientes autores LEVY, «*Die querela...*», *cit.*, pp. 437 y ss.; ARCHI, «*Studi sulla stipulatio...*», *cit.*, pp. 601 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia...*, *cit.*, pp. 65 y ss.

⁶² A favor de su utilización se expresa TROFFIMOF, «*La cause dans l'exception...*», *cit.*, pp. 231 y ss.

En este pasaje se pueden distinguir dos partes perfectamente diferenciadas, la primera pone claramente de manifiesto que sólo es posible el uso de la *e.n.n.p.* en relación con los documentos que recogen un mutuo.

La segunda parte del texto recoge la conversión en mutuo de una suma debida *ex praecedenti causa debiti* (desde *quum autem...* hasta el final) y la autora se pregunta si es posible la utilización de nuestra excepción cuando el mutuo recogido por escrito resulte ser un negocio aparente o simulado. Si bien, el pasaje ha sido interpretado de muy diversas maneras por la doctrina, en general, se suele negar la utilización de la *e.n.n.p.* en este caso. Para unos autores⁶³ la expresión *in quirographum quantitas redigitur* está interpolada y opinan que, originariamente, se refería a la *stipulatio ex intervallo* con función novatoria de una obligación precedente distinta del mutuo, en cuyo caso el deudor que quisiese alegar un fallo en la causa debía ejercitar la *exceptio doli*. Frente a esta postura, otro sector doctrinal⁶⁴ mantiene la originalidad del texto e interpreta que la *e.n.n.p.* sólo podría oponerse cuando la causa del negocio recogido en el documento fuese una *pecunia credita*, de forma que si la suma en cuestión era debida en base a título diverso, la *e.n.n.p.* no era ejercitable. Sin embargo –consideramos con la autora– que del texto no se desprende necesariamente el rechazo a la *exceptio non numeratae pecuniae* cuando exista apariencia de préstamo, de hecho, en la práctica nada impide que el deudor utilice la excepción frente al quirógrafo de mutuo aunque el deudor lo sea en virtud de una causa distinta, pues sólo en el seno del proceso se pondrá de manifiesto cuál fue la causa real del negocio, en este sentido, y en relación con el quirógrafo que recoge el préstamo, la propia constitución insta a averiguar la verdadera causa y no a indagar si hubo o no entrega. Por estos motivos, la autora admite el ejercicio de nuestra excepción obligando al acreedor a probar la causa de la obligación y en apoyo de su tesis, aduce un segundo texto, que –en mi opinión– no ha sido suficientemente considerado por la doctrina a este respecto, C.2.6.3 que recoge un caso de simulación, donde se consigna como debida una suma por causa de mutuo que encubre la prestación de unos servicios por un abogado. La explicación de usar una *stipulatio*, ya sea simple o de mutuo, puede responder –como bien sostiene la autora– a dotar de acción un acto jurídico que inicialmente no la tenía o bien, a encubrir una causa ilícita.

*Imp. Gordianus A. Flaviano.- Si sub specie honorarii, quod
advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem,
quam desiderio tuo complecteris, te daturum cavisti, et quasi
mutuam pecuniam accepisses, eam te redditum promisisti, nec
temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem accommodasti;
competenti exceptione non numeratae pecuniae tutus es, et ex
hac causa cautionem interpositam usitato more potest condicere.*
(año 240 d.C.).

En esta constitución se mencionan dos instrumentos procesales, la *e.n.n.p.* y la *condictio scripturae*⁶⁵, el primero serviría para «causalizar» la

⁶³ *Vid. Riccobono, «Stipulatio ed instrumentum», ZSS, 35, 1914, p. 217 y toda la bibliografía citada por la autora en la pp. 196 y 197.*

⁶⁴ *Vid. Levy, «Die querela...», cit., pp. 437 y ss.; Archi, «Studi sulla stipulatio...», cit., pp. 600 y ss.; CIMMA, *De non numerata pecunia...*, cit., pp. 65 y ss.*

⁶⁵ La doctrina duda si se trata de la *condictio scripturae* o de la *condictio liberationis*.

obligación permitiendo que saliera el negocio simulado bajo el mutuo y, ello, haciendo recaer la prueba sobre el acreedor. El segundo serviría para conseguir la devolución del escrito.

Por tanto, que, aunque originariamente el objetivo de la cancillería imperial fue proteger a los mutuarios defraudados, nada impidió que en la práctica hiciesen uso de la *e.n.n.p.* los deudores que lo eran en virtud de causa distinta del mutuo, pues sólo en el seno del proceso se pondría de manifiesto que la causa era otra. Para estos casos de simulación el Derecho romano tiende a dar eficacia al negocio disimulado, prevaleciendo la *veritas substantia*. Para el caso en que la deuda respondiese a una causa lícita, el uso de la excepción sólo demoraría el momento del cumplimiento de la obligación en cuyo caso la sanción del deudor sería el doble o triple por *litiscrescencia por initiatio*. Para el caso en que el uso del mutuo escondiese una causa ilícita, la simulación y el uso de la excepción, que en estos casos habría servido para causalizar el negocio estipulatorio, podía suponer la declaración de nulidad del negocio hasta el límite de su ilicitud.

Por todo ello, la autora califica la aparición de la *e.n.n.p.*, no tanto como una innovación procesal que persiguiese mejorar la posición del deudor de un mutuo, aunque sin duda también serviría a este fin, sino como una innovación de Derecho sustantivo o material porque evitaba la contratación abstracta, por lo que la creación imperial de este nuevo remedio procesal pudo ser una manifestación más de la tendencia postclásica a causalizar la estipulación.

En el quinto y último capítulo se analizan de forma somera los remedios procesales conexos, pues la autora circscribe su análisis a los supuestos de hecho que pudieron determinar en el S. III d.C. la génesis de la *e.n.n.p.*, así como de otros supuestos fácticos en que esta excepción pudo ser eficaz (p. 210).

Es estudio de la profesora García Carrasco somete a revisión crítica la *communis opinio*, planteando otros posibles usos de la excepción y ello, no sólo sobre la base textual, sino también sobre la realidad política, económica y social del momento de aparición de este expediente procesal. Este tema suscita gran interés entre la doctrina; prueba de ello fue el debate que se produjo entre la autora, uno de los ponentes y varios profesores presentes en el III Congreso Internacional y VI Congreso de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, celebrado en Madrid, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos en febrero de 2000, sobre la posibilidad de utilizar la *e.n.n.p.* como mecanismo de defensa frente a la reclamación basada en un mutuo simulado cuando en realidad procedía de un negocio diferente cuya obligación no era exigible. El mencionado debate me suscitó un vivo interés por el contenido de la obra de la profesora García Carrasco y me animó a realizar el presente comentario crítico, y, desde luego, las expectativas creadas no se han visto, en modo alguno, defraudadas a la vista de su monografía.

María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ

Libros

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: *El euro. Paridad, continuidad, conversión y redondeo*, ed. La Ley, Madrid, 2001, 316 pp.

Nos encontramos ante un libro verdaderamente interesante en el que la profesora Martín Meléndez analiza pormenorizadamente los aspectos más relevantes desde el punto de vista jurídico de un fenómeno poco frecuente, como es la sustitución de una moneda por otra, con la particularidad, en este caso, de que este fenómeno no afecta a un solo Estado sino a varios.

La obra también destaca por una sistemática brillante. Consta de dos partes: una introducción en la que se describe la larga marcha hacia la unión monetaria de una gran parte de Europa; y una segunda parte, ordenada según los principios básicos que rigen la introducción del euro.

Principios que son interpretados tanto desde el punto de vista normativo, como desde el punto de vista más estrictamente contractual.

En 1987 entró en vigor el Acta Única Europea cuyo principal objetivo era crear un Mercado Único o Interior que entraría en vigor el 1 de enero de 1993; otro de sus objetivos era el establecimiento de una moneda única para todos los países integrantes de la Unión Europea.

Se prevé alcanzar esta moneda única a través de tres etapas sucesivas que permitirían alcanzar progresivamente la Unión Económica y Monetaria (UEM), comenzando en 1990 y culminando en 1999; de las cuales cabe destacar el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 (Maastricht) y que el Consejo de Madrid de 1995 acuerda denominar la nueva moneda como euro.

A su vez, la introducción del euro también se va a realizar de un modo gradual y progresivo, con una primera fase o período preparatorio desde 1995 hasta el 1 de enero de 1999; un período transitorio desde el 1 de enero de 1999 hasta el 1 de enero de 2002 (fijación de los tipos de conversión, legislación sobre la introducción del euro) y un período final con la circulación de billetes y monedas en euros y retirada paulatina de las monedas nacionales de los Estados miembros.

Desde el punto de vista legislativo hay que mencionar el Reglamento (CE) 1103/97 sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro, en el que se regula la sustitución del ecu por el euro, se garantiza la continuidad de los contratos y se determinan reglas en materia de redondeo; y el Reglamento (CE) 974/98, sobre la introducción del euro, que convierte al euro en la moneda de los Estados miembros participantes a partir del 1 de enero de 1999 (salvo Grecia que lo adopta a partir de 1 de enero de 2001), se fijan reglas y principios para el período de transición y el régimen de puesta en circulación de monedas y billetes en euros, el canje y retirada de moneda nacional, etc.

En cuanto a normas nacionales hay que destacar la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre la introducción del euro, cuyo objetivo es lograr un tránsito sosegado hacia la nueva moneda, evitando interpretaciones que pudieran obstaculizar lo que no es sino una mera modificación del sistema monetario. Se complementa con un desarrollo reglamentario en materias diversas, como cuestiones tributarias, deuda pública, obligaciones contables, seguros, planes y fondos de pensiones... que la autora señala exhaustivamente.

En agosto de 2000 se aprueba el II Plan Nacional de Transición al Euro, estableciendo los criterios básicos que regirán la sustitución de la peseta por el euro, cuya principal novedad respecto a la mencionada Ley 46/1998 es la reducción del período de canje de pesetas por euros.

La peseta ya no es la unidad ideal sobre la que se basa el sistema monetario desde el 1 de enero de 1999, aunque durante el período transitorio (1 de enero de 1999 a 31 de diciembre de 2001) podrá ser utilizada como unidad de cuenta; y los billetes y monedas de pesetas se podrán seguir utilizando como medio de pago de curso legal hasta el 28 de febrero de 2002. Desde el 1 de enero de 2002 no se puede utilizar la peseta como unidad de cuenta del sistema monetario en los instrumentos jurídicos.

Como vemos, la peseta, aunque limitada temporalmente, seguirá cumpliendo algunas funciones del dinero; ahora bien, como claramente nos explica la autora, es dinero sólo en cuanto es una subdivisión no decimal, sino al tipo de conversión, del euro, que es la unidad ideal de nuestro sistema monetario. Hasta el 1 de enero de 2002 los euros pueden circular en el tráfico económico de forma escritural en instrumentos financieros porque, como ya hemos mencionado, desde el 1 de enero de 1999 el euro es la unidad de cuenta o medida de valor de nuestro sistema monetario, aunque no circule de forma material hasta el 1 de enero de 2002.

Expongo ahora, aunque muy someramente en relación al original, algunos comentarios sobre estos principios rectores del cambio de moneda que se recogen en el Reglamento (CE) 1103/97 y que se desarrollan por la Ley 46/1998 antes mencionada.

Primeramente se menciona el principio de paridad o equivalencia entre el euro (cesta ponderada de monedas comunitarias teniendo en cuenta el peso económico de cada país de la UE) y el euro. Este principio afecta a todos los instrumentos jurídicos: disposiciones legales y reglamentarias, actos administrativos, resoluciones judiciales, contratos, actos jurídicos unilaterales...

A continuación se estudia el principio de continuidad: salvo pacto en contrario, la introducción del euro carecerá de trascendencia en la ejecución y contenido de los contratos; es decir, no provocará ni permitirá provocar unilateralmente, por esta sola causa, ninguna alteración en el contrato.

Considera la autora que este principio de continuidad ostenta la naturaleza de un verdadero principio general del derecho, que el legislador comunitario ha confirmado expresamente en aras de la seguridad jurídica, alejando la posibilidad de aplicar técnicas que permitan la quiebra de un contrato por un cambio sobrevenido de las circunstancias. La obligación pecuniaria, como todos sabemos, es una obligación genérica: no cabe alegar la desaparición del dinero, como en cierto modo nos recuerda el artículo 1170 CC; pero podría intentarse la aplicación de la figura de la cláusula *rebus sic stantibus* que permitiría modificar el contrato. Nuestro Tribunal Supremo mantiene un criterio muy restrictivo para la aplicación de esta doctrina, exigiendo la concurrencia

de una serie de requisitos, que ciertamente no concurren por la mera sustitución de la peseta por el euro.

Este principio tiene como límite la propia autonomía de la voluntad de las partes. Ahora bien, como acertadamente señala Martín Meléndez, las posibilidades de este pacto no son tan amplias como pudiera parecer: no se puede considerar la sustitución de monedas como causa de rescisión porque el supuesto tendría que estar previsto expresamente por la ley (art. 1290 CC); ni como causa de anulabilidad (no es un vicio de los aludidos en el art. 1300 CC); ni de nulidad (no afecta al art. 1261 CC). Sí podría configurarse como una condición resolutoria de un contrato celebrado antes del citado Reglamento (CE) 1103/97; también se puede considerar como una facultad de desistimiento del contrato concedida a favor de uno o de ambos contratantes o como una causa expresa de novación modificativa o incluso de extinción del contrato.

La breve alusión que hace la Ley 46/1998 al referirse a este principio, justifica el detallado estudio que hace la autora sobre posibles cláusulas que pudieran considerarse abusivas a la vista de nuestra Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o simplemente ser nulas.

Siguiendo con esta misma tónica, ciertamente cabe destacar el apartado relativo a los instrumentos con tipos de interés, con especial referencia al MIBOR. En los instrumentos con tipo de interés fijo la introducción del euro no altera el tipo de interés nominal que ha de abonar el deudor, por efecto del principio de continuidad. Ahora bien, como sabemos, en los contratos con tipos de interés variable, el contrato se va amoldando a las variaciones de los tipos del mercado. Para el ajuste de los tipos se usa la referenciación. El problema surge respecto a los tipos de interés que utilizan como índice de referencia el MIBOR. Éste es el índice de referencia más barato y más comúnmente utilizado por las entidades financieras, por ejemplo, en los préstamos hipotecarios. Por una Orden Ministerial de 1 de mayo de 1994 es obligatorio expresar un índice o tipo de interés de referencia sustitutivo para supuestos excepcionales, pero este tipo sustitutivo es más caro que el MIBOR. Pues bien, con el advenimiento de la moneda única desaparece el MIBOR, aplicándose entonces el tipo sustitutivo más caro, lo cual perjudica seriamente a los prestatarios, modificándose el contrato por causas ajenas a su voluntad. Este problema lo intenta resolver la Ley 46/1998 facultando al Ministerio de Economía y Hacienda no sólo para determinar una nueva fórmula de cálculo del MIBOR, sino también para establecer un nuevo tipo de referencia sustitutivo de aquél (por una cuantía muy similar, el nuevo EURIBOR). En opinión de la autora este nuevo índice deberá aplicarse en lugar del tipo sustitutivo previsto en los contratos de préstamo hipotecario que hubiesen empleado como tipo principal el MIBOR anteriores al 1 de enero de 2000 y no sólo a los contratos vigentes el 1 de enero de 1999, fecha a la que se alude en el artículo 32 de la Ley 46/1998.

Este mismo artículo niega a las partes acción para aplicar cualquier tipo sustitutivo pactado por las partes distinto del establecido legalmente lo que, en opinión de la autora, supone una extensión legal a este caso del principio de neutralidad, que está pensado sólo para la sustitución de la peseta por el euro. En realidad, lo que se pretende es impedir que las partes se opongan a lo que verdaderamente es una modificación de su contrato, impidiendo así su continuidad conforme a lo pactado; aunque eso sí, en beneficio del prestatario.

Otros principios complementarios de los verdaderamente rectores de la introducción del euro son el principio de neutralidad (la sustitución de la

peseta por el euro no produce alteración del valor de los créditos o deudas, cualquiera que sea su naturaleza, permaneciendo su valor idéntico al que tuviera en el momento de la sustitución, sin solución de continuidad); principio de gratuitad (la sustitución de la peseta por el euro será gratuita para los consumidores: por tanto, no habrá cobro de gastos o comisiones; entiéndese, además, el término de consumidores en un sentido amplio equivalente a clientes en general) y el principio de equivalencia nominal (el importe monetario expresado en euros, resultante de aplicar el tipo de conversión y el correspondiente redondeo, es equivalente al importe monetario expresado en pesetas y que fue objeto de la conversión; por tanto, aunque matemáticamente las cifras no sean iguales, su eficacia ha de ser la misma en virtud de una ficción de igualdad que impone el Derecho). Sobre este principio destaca la autora que se refiere exclusivamente a la conversión de pesetas a euros, no a la inversa, con lo que se está consagrando también el principio de irreversibilidad de la conversión pesetas/euro.

A continuación la autora desarrolla un amplísimo estudio de los diversos problemas que plantea concretamente la conversión. La nueva unidad monetaria sólo adquiere significado si se pone en relación con la unidad anterior, lo que se realiza a través de los llamados tipos de conversión. Los tipos de conversión a los que quedarán irrevocablemente fijadas las monedas respectivas de los Estados miembros se recogen en el Reglamento (CE) 2866/98, de 31 de diciembre, que establece, en lo que más nos afecta, que un euro es igual a 166,386 pesetas, y entró en vigor el 1 de enero de 1999. Como características de estos tipos de conversión se pueden destacar, entre otras, que son irrevocables, imperativos, adoptan la forma de un euro expresado en términos de cada una de las monedas nacionales de los Estado miembros; no hay tipos de conversión entre las monedas de los Estados miembros, ni de éstas con relación a monedas de terceros Estados; el tipo de conversión se fija con seis cifras para alcanzar mayor precisión...

Por otra parte, fiel al principio nominalista, el Reglamento 1103/97, que regula la conversión, no tiene en cuenta las variaciones en el poder adquisitivo de las distintas monedas nacionales. Los tipos de conversión se aplican a las cifras tal como aparecen expresadas en los instrumentos, sin que previamente se puedan actualizar. Para superar este tipo de problemas habrá que hacer referencia a cláusulas de estabilización valor moneda extranjera o moneda extranjera, pero acudiendo a monedas de terceros Estados.

En este punto es de resaltar el amplísimo estudio que despliega la autora sobre los distintos aspectos jurídicos de los principios y criterios rectores del llamado período transitorio (desde el 1 de enero de 1999 hasta el 1 de enero de 2002), como el principio de dualidad en el uso de unidades de cuenta. Es decir, que en los instrumentos jurídicos otorgados durante este período transitorio los importes se expresarán en pesetas, salvo pacto en contrario de los interesados en las relaciones de Derecho privado, o que el interesado opte por la unidad de cuenta euro si esto es posible, en las relaciones con la Administración. Este principio de dualidad es consecuencia del mencionado principio de «no obligación, no prohibición».

Otro principio a destacar es el de la ejecución del contrato en la unidad de cuenta empleada, salvo acuerdo de las partes interesadas.

Además de estos y otros aspectos de la conversión, conviene también hacer referencia al tema de la redenominación, que también plantea interesantísimas cuestiones de índole jurídica y económica. Durante el período

transitorio los instrumentos jurídicos expresados en pesetas podrán ser objeto de redenominación, entendiendo por tal el cambio irreversible de la unidad de cuenta peseta por la unidad de cuenta euro. Con relación a este tema, la profesora Martín Meléndez dedica su atención a diversos aspectos como los valores de Deuda del Estado y de otras entidades, o la redenominación de cuentas bancarias y también a otro tema, en mi opinión interesantísimo, como es la redenominación de la cifra de capital social de las sociedades mercantiles, distinguiendo, tal como hace la Ley 46/1998, la redenominación voluntaria del capital social y el ajuste al céntimo más próximo de las acciones y participaciones sociales. También señala la autora cómo en los supuestos carentes de regulación específica cabe la redenominación al amparo de los artículos 1255 y 1203.1.^º (las obligaciones pueden simplemente modificarse variando su objeto) CC.

En el aspecto de la ejecución de las obligaciones hemos de recordar el principio de ejecución en la unidad de cuenta empleada, el cual está plenamente conforme con el artículo 1170 CC. Como consecuencia del principio de dualidad, durante este período transitorio, las deudas denominadas en pesetas deberán calificarse como deudas de moneda específica o particularizada, y más en concreto, señala la autora, como deudas de moneda divisionaria. Por tanto, los contratos celebrados antes del período transitorio denominados en pesetas, en pesetas deberán ejecutarse, salvo que las partes acuerden realizar la oportuna conversión. Ahora bien, si la obligación está denominada en euros y el acreedor tiene abierta una cuenta en una entidad de crédito, no habiéndose excluido su pago en ella, no podrá obligarse al acreedor a aceptar en pago metálico de pesetas, ya que, a través del dinero escritural denominado en euros podrá satisfacerse al acreedor en la especie pactada (nuevamente el conocido artículo 1170 CC). Problemas más complejos plantean los pagos a través de abono en cuenta del acreedor, ya que en ocasiones se plantean excepciones al principio de ejecución en la unidad de cuenta empleada, salvo acuerdo de las partes. En estos casos el deudor puede realizar el pago en una moneda distinta a la que se ha obligado en el contrato, lo que exigirá la conversión de la cantidad expresada en pesetas o en euros, o viceversa.

Otro aspecto también importante en este tema de la conversión es el de la información y asesoramiento de los agentes privados durante la progresiva implantación del euro. Medidas que afrontan tanto el I como el II Plan Nacional de Transición al Euro (1997 y 2000 respectivamente) y que recoge la Ley 46/1997, de las cuales cabe destacar el llamado Código de buenas prácticas para una mejor adaptación a la implantación del euro, de diciembre de 1998, o el artículo 30 de la Ley en el que se nos dice que en los contratos celebrados por la Administración empleando la peseta como unidad de cuenta deberán expresarse también en euros al tipo de conversión y este mismo criterio se aplicará a las cantidades que figuren en las disposiciones normativas que se dicten a partir del 1 de enero de 1999. Para la redenominación de los importes de todas las normas jurídicas vigentes el 1 de enero de 2002 señala la autora dos posibles caminos: una norma de carácter general que afecte a los importes de todas o de un conjunto de disposiciones normativas (lo que permitiría tener presente los criterios aplicados para casos semejantes), o la modificación de una por una de las distintas normas a través de la disposición correspondiente (la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la redenominación de los importes que contiene, y ordena en algunos casos mantener la cifra en pesetas al lado de la expresada en euros).

Por último, dentro de este amplio tema de la conversión, se pasa a estudiar el período de utilización exclusiva de la unidad de cuenta euro, a partir del 1 de enero de 2002. Los instrumentos jurídicos, cualquiera que sea su naturaleza, otorgados a partir de esta fecha necesariamente han de expresarse en euros, ya que la utilización de la peseta no gozará de la protección del sistema monetario, no se les aplicarán las normas propias del dinero. Por ello, como señala la autora, todo funcionario que tuviese conocimiento, por razón de su oficio o cargo, de un nuevo instrumento denominado en pesetas deberá advertir de las consecuencias señaladas, y los Notarios y Corredores de comercio no autorizarán ni intervendrán documento alguno cuyos importes se expresen sólo en pesetas. Se pregunta la autora por el supuesto en el que el instrumento jurídico no llega a conocimiento de Notarios o Corredores de comercio, y salvo que la obligación sea simplemente monetaria o que la mención de la peseta se deba a simple inercia, considerando tal negocio jurídico como nulo a la vista del artículo 6.3 CC, la imperatividad del artículo 23 de la Ley 46/1998 y el propio artículo 1255 CC al considerar que tal acuerdo sería contrario al orden público.

Otro aspecto a resaltar de este nuevo período, que estamos viviendo, de implantación efectiva y material del euro, es el principio de redenominación automática (no meramente voluntaria como en el período anterior) de los instrumentos jurídicos otorgados durante el período transitorio.

Este período de introducción del euro fiduciario se caracteriza por una primera fase de retirada de las piezas metálicas y billetes denominados en pesetas. Es lo que se llama el período de doble circulación desde el 1 de enero de 2002 hasta el 28 de febrero de 2002 (inicialmente era hasta el 30 de junio, pero se modificó el plazo posteriormente por la Ley 14/2000) y el período de canje (desde el 1 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2002 en cualquier entidad de crédito y desde el 30 de junio de 2002 en adelante sólo en el Banco de España).

Como ya sabemos, a partir del 1 de enero de 2002, todos los instrumentos jurídicos deberán utilizar el euro como unidad de cuenta. Ahora bien, como existe esa primera fase de doble circulación de monedas, se plantea la duda sobre si el acreedor estará obligado a aceptar pagos en metálico, indistintamente, en euros o pesetas, o si en determinados casos el deudor deberá entregar euros y no pesetas, o viceversa. Si el contrato se concluyó antes del fin del período transitorio y las partes pactaron el pago en euros, habrá que entender que el deudor deberá pagar sólo en euros salvo imposibilidad, teniendo en cuenta el artículo 1170 CC: el pago deberá hacerse en la especie pactada, y sólo si esto no es posible, en la moneda de curso legal.

Si no hubo pacto sobre la unidad de cuenta euro y el contrato es anterior a 1 de enero de 2002 se produce la mencionada redenominación automática; y si es posterior a dicha fecha, ya sabemos que el euro es la única unidad de cuenta válida, no aplicándose entonces el artículo 1170 CC, sino que simplemente el pago podrá realizarse en cualquiera de las monedas de curso legal, o en su caso, hacer las oportunas conversiones. Señala la autora que, como a partir de 1 de marzo de 2002 la peseta sólo mantiene un valor de canje (pierde su curso legal), si las partes acuerdan entregar y recibir pesetas será en concepto de dación en pago, ya que el acreedor deberá después canjear esas pesetas por su equivalente en euros en el Banco de España.

Termina esta obra con un capítulo dedicado al redondeo. Redondear, hablando de cantidades de dinero significa básicamente prescindir de diferen-

cias por no existir físicamente signos monetarios que las representen, o por otros diversos motivos como la dificultad de manejo de cantidades ínfimas, o por razones mnemotécnicas, estéticas o simplemente para facilitar la contabilidad...

El redondeo que nos interesa se caracteriza porque se regula por vía legislativa y porque tiene su causa en la introducción de una nueva moneda; se produce bien por la inexistencia de unidades inferiores al céntimo de euro, bien por la inexistencia de unidades más pequeñas que la peseta.

A la vista del Reglamento 1103/87 y de la Ley 46/1998 queda claro que el redondeo sólo se practicará después de una previa conversión (de pesetas a euros en nuestro caso) cuando el importe se haya de abonar (lo que comprende toda operación financiera, no sólo cuando se ejecuta el pago, sino también antes cuando se calcula su importe) o simplemente se haya de contabilizar (como la valoración de activos corporales de una sociedad, o los montantes de las disposiciones normativas, e incluso las ofertas de ventas).

Se analizan, con el detalle que caracteriza a toda la obra, ciertos problemas, (cuya innegable complejidad se ve reducida por la claridad de la exposición), derivados del redondeo, como las conversiones de totales y producto de multiplicaciones de sumas de dinero, en los que la suma de montantes ya convertidos y redondeados rara vez equivalen a la conversión y redondeo del total de los sumandos. El criterio general será dar prioridad a la conversión de los totales frente a la de los sumandos. Otro problema son los desajustes derivados de la realización de conversiones seguidas de conversiones inversas. En ciertas operaciones, una cifra resultado de una conversión, se somete a una conversión en sentido contrario, con lo que la cifra final no coincide con la cifra inicial sobre la que se realizó la primera conversión. Esto es efecto de la llamada «irreversibilidad» de la conversión.

En cuanto a la naturaleza jurídica del redondeo, se distinguen dos supuestos. Primeramente el redondeo que se justifica en no querer manejar las piezas monetarias más pequeñas. Bien puede ser un redondeo a la baja, en cuyo caso la autora lo califica de condonación parcial de la deuda, y por tanto, causa de extinción de obligaciones (arts. 1156 y 1187 a 1191 CC). Sería un acto unilateral del acreedor que extingue en parte el crédito. Puede ser tácita o expresa. O bien puede ser un redondeo al alza, que puede considerarse una donación (arts. 618 y ss. CC). Aquí será necesario el consentimiento del donante (por ejemplo, un comprador) y del donatario (por ejemplo, un vendedor). En segundo lugar tendríamos el redondeo derivado de la sustitución de la peseta por el euro. Aquí entran en juego tres principios fundamentales: el principio de integridad del pago (art. 1157 CC) y los principios de fungibilidad y el principio de equivalencia, ya mencionados. El pago ha de ser íntegro por lo que la cantidad debida es precisamente la resultante del redondeo, a diferencia de los casos anteriores, por lo que no puede hablarse de donación o condonación, y va a ser precisamente el principio de equivalencia nominal el que nos ayude a comprender el alcance y la naturaleza exacta del redondeo, como acertadamente nos explica la autora.

Por otra parte, se estudian otras aplicaciones del redondeo, como el redondeo de precios, o el redondeo de capitales redenominados a euros (en cuyo estudio se detalla toda la normativa sobre sociedades aplicable al caso, ya que entre otras cosas, se produce una modificación del capital social, lo que conllevará la modificación estatutaria correspondiente).

El apartado final lo dedica la autora a exponer un tema de sumo interés para cualquier persona relacionada con el Derecho y es el redondeo de los importes pecuniarios de las normas jurídicas. Es ciertamente encomiable el titánico esfuerzo de la autora al recopilar diversos conjuntos normativos en los que se expresan cantidades, como el Derecho mercantil, Derecho penal, Derecho procesal, Derecho civil y Derecho fiscal.

Termina la autora con un análisis específico de la DA 2.^a, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000). En esta norma se faculta al Gobierno no sólo a la conversión y redondeo de las cifras que se contienen en la Ley, sino también a la eliminación de los decimales resultantes configurándose así importes en cantidades de euros enteros, de modo que sean de fácil utilización; por otra parte se establece que junto a las nuevas cuantías en la moneda europea se mantendrán las establecidas en pesetas por esta Ley en las reglas sobre determinación de la clase de juicio que se ha de seguir y sobre el acceso a los recursos.

Como sabemos, la Ley 1/2000 no ha expresado con fines informativos, junto a los importes en pesetas, su equivalente en euros.

Pero ciertamente esta DA es merecedora de las críticas que hace la autora, pues el legislador parece ignorar que por disposición legal imperativa [Ley 46/1998 y Reglamento (CE) 974/98] los instrumentos jurídicos quedan automáticamente redenominados a euros el 1 de enero de 2002, y da la impresión de que la finalidad de esta DA segunda es precisamente evitar la redenominación.

Además, como se consideran simultáneamente eficaces la cuantía original expresada en pesetas y la denominada en euros, habrá que determinar cuál es la prevalente. En opinión de la autora será la expresada en euros, pues la conversión es irreversible, por lo que será la única cifra que tendrá validez a la vista de la normativa europea y nacional sobre la introducción del euro.

Esperemos que el futuro Real Decreto que cumpla lo dispuesto en esta DA refleje éstas y otras preocupaciones expresadas por la autora.

Estamos pues, ante una obra muy completa no sólo por sus contenidos y análisis que de ellos hace la profesora Martín Meléndez, sino también por los múltiples aspectos prácticos que se exponen con suma claridad, que ciertamente serán muy útiles para cualquier ciudadano.

Carlos Javier VATTIER LAGARRIGUE
Profesor Asociado de Derecho civil
Universidad de Burgos

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*, ed. Netbible, A Coruña, 2001, 232 pp.

La consideración de Galicia como territorio foral no ha estado exenta de dudas. Muestra de ello fueron las discrepancias surgidas en la etapa codificadora sobre la atribución al territorio de su actual régimen. Los foralistas defendieron la especialidad del Derecho gallego en el carácter eminentemente consuetudinario de este Derecho, además de la existencia de ciertas disposiciones escritas.

El primer intento de recoger en un texto escrito el Derecho gallego fue «la Compilación del Derecho civil especial» de 2 de diciembre de 1963, que fue severamente criticada debido a su carácter fragmentario e incompleto. Ya en el período constitucional la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, bajo el título de «Compilación del Derecho civil de Galicia» trató de integrar la antigua Compilación al Ordenamiento jurídico gallego y a su vez armonizarlo con el texto constitucional. En la actualidad el marco normativo gallego en el ámbito civil queda recogido por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, cuya parte referida a servidumbres y serventías, es el objeto de estudio de la monografía del profesor Rodríguez Montero.

La nueva Ley no se limita a recoger todas las instituciones de raigambre consuetudinaria que ya se encontraban en la Compilación de 1963, sino que regula otras figuras jurídicas que no habían sido sistematizadas, como es el caso de las servidumbres y de las serventías.

Si bien constituyen dos instituciones jurídicas que poseen la misma finalidad práctica, (procurar el paso a los propietarios de las fincas colindantes para desarrollar las distintas labores agrícolas) difieren en cuanto a su estructura y regulación. La propia LDCG regula en preceptos separados las dos figuras.

El origen de estas prácticas se deriva de las características básicas de la propiedad en Galicia, como son un marcado minifundismo y el destino agrario de las tierras. El paso realizado a través de las fincas colindantes, que ha dado lugar a las actuales figuras jurídicas de las serventías y las servidumbres, posee como función primordial el adecuado aprovechamiento de la propiedad agraria.

Las diferencias básicas entre ambas figuras se extraen de su propia estructura. Así, mientras que la servidumbre de paso necesita para constituirse de un predio dominante y otro sirviente, constituyéndose a favor del primero un *iure in re aliena*, la serventía, tal como señala el artículo 30 LDCG se forma sobre terrenos de propiedad particular cedidos por cada uno de los colindantes, pudiendo disfrutarlo los mismos y sin que conste el dominio del camino.

El origen de las serventías se anudó a las agras o vilares¹. No obstante el empleo de esta figura jurídica se permite no sólo para las leiras que formen un agra, sino también para otras leiras colindantes que quieran servirse de ella (STSJ de Galicia de 24 de junio 1997).

¹ Agro, agra o vilar: superficie rústica continua, generalmente destinada a labradío, dividida en parcelas pertenecientes a distintos propietarios (leiras). Es una superficie cercada, sobre la cual se establecen una serie de caminos o vías consustanciales al agro y por la que los titulares de las «leiras» pueden ejercitar el paso.

En cuanto a las servidumbres, categoría sobre la que más ha profundizado el profesor Rodríguez Montero, la ley ha recogido en su artículo 25 las posibles formas de adquisición de este derecho real, resultando totalmente novedosa la posibilidad de adquirirla por prescripción adquisitiva o usucapión. Esta forma de adquisición no aparece recogida por el Código civil para las servidumbres discontinuas, dentro de las cuales se encuentra la servidumbre de paso, quedando exclusivamente establecida para las servidumbres continuas y aparentes. De igual forma no ha existido dentro del Derecho consuetudinario gallego una práctica semejante.

La inclusión de una nueva forma de adquisición de las servidumbres de paso, que según Rodríguez Montero no cuenta con precedente alguno en la práctica gallega, conduce a que se cuestione hasta donde ha de alcanzar la habilitación que el artículo 149 CE realiza a favor de los territorios forales; es decir, cuál es el límite para el desarrollo y modificación de los derechos específicos de esos territorios. Es más, se podría cuestionar la constitucionalidad de una norma que regula una nueva forma de adquirir un derecho y que no cuenta con precedente alguno en la práctica gallega. No obstante, el TC se ha pronunciado en alguna resolución en relación al tema, prohibiendo que la potestad legislativa conferida a estas comunidades autónomas en materia de Derecho civil se extienda a la regulación de instituciones ajenas, pero concediéndoles la posibilidad de que en el desarrollo de sus Derechos forales complementen la regulación de sus instituciones forales.

Para aclarar cuáles fueron los motivos que condujeron al legislador gallego a incluir en la LDCG una nueva forma de adquirir la servidumbre, el profesor Rodríguez Montero ha analizado los antecedentes históricos de esta institución. Así lo que originariamente se configuraba como unas simples relaciones de vecindad entre las distintas fincas con el fin de favorecer la explotación agraria de las mismas, se convirtió en fuente de conflictos para sus titulares, que buscaron el reconocimiento jurídico de las situaciones y prácticas de hecho. Los propietarios de los terrenos recurrieron en un primer momento al medio proporcionado por la prescripción inmemorial y al artículo 564 CC en lo referente a la constitución forzosa de servidumbres en supuestos de fincas enclavadas. Pero el recurso a la prescripción inmemorial que inicialmente pudo satisfacer las pretensiones de reconocimiento de los derechos de servidumbre de los titulares de los terrenos, dejó de producir tales efectos debido a que junto al título los Tribunales venían exigiendo para su acreditación, una prueba testifical relativa a la práctica que se había venido desempeñando desde tiempo inmemorial; con esa inmemorialidad se hacía referencia a que esa costumbre hubiese venido realizándose y hubiese quedado establecida con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil.

Pero los testigos que podían acreditar esas prácticas disminuirían progresivamente en número y aumentarían en edad. De ahí surgió la necesidad de recurrir a otros medios que dotaran de una mayor seguridad jurídica a estas situaciones cuya práctica inmemorial no podía probarse. Entre las propuestas que se presentaron para tratar de dar solución al problema se optó por el recurso a la prescripción adquisitiva. El plazo requerido para que pudiese alcanzar firmeza el derecho dentro del ámbito jurídico fue el de veinte años. Con ello quedaba aparentemente solucionada la cuestión por la vía legislativa.

En cuanto a la cuestión de la intertemporalidad de la Ley en lo referente a la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción adquisitiva, el legislador no estableció de forma expresa la posibilidad de aplicación retroac-

tiva del precepto que lo regulaba lo que es objeto de censura por el profesor Rodríguez Montero. Y ello por más que los recurrentes en las distintas sentencias que se han planteado sobre el tema ante el TSJ gallego (15/98 y 16/98, de 24 de septiembre de 1998 y 4/99, de 2 de marzo de 1999) aduzcan una presunción de retroactividad contenida en el artículo 25 LDCG *in fine* cuando dice que «[i]gualmente, puede adquirirse por su posesión pública pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse». Una interpretación gramatical de ese párrafo lleva al error de considerar al artículo como norma de Derecho transitorio, como dice el TSJ en la última sentencia citada, el precepto se refiere a los modos de adquirir según vienen recogidos de forma indirecta en el artículo 1960 CC. El artículo 538 CC también fue utilizado en las otras dos resoluciones para justificar el carácter superfluo de la última precisión del artículo 25 LDCG, puesto que si el artículo 538 distingue entre dos tipos de servidumbres no lo hace así el artículo 25.

En todo caso y partiendo de que el artículo 25 no regula nada en cuanto a la posibilidad de su aplicación retroactiva se ha de acudir a las disposiciones transitorias de la LDCG. La DT 4.^a remite los problemas sobre transitoriedad a falta de previsión normativa en la misma a los principios que informan las Disposiciones Transitorias del Código civil. Por lo tanto la vía a seguir será el análisis de estos principios contenidos en las normas del Derecho civil común.

En principio las normas de Derecho Transitorio del Código civil establecen como principio general que las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo. Este principio es recogido de forma particular por el resto de Disposiciones Transitorias y en concreto la DT 1.^a establece que los derechos que aparezcan declarados por primera vez en el código tendrán efecto incluso aunque el hecho que los originase se hubiese verificado bajo la legislación anterior, con la salvedad de no perjudicar a otros derechos adquiridos. A su vez el artículo 2.3 CC establece que las leyes no tendrán efectos retroactivos a menos que en ellas se dispusiese lo contrario y en todo caso salvaguardando el artículo 9.3 CE. Ésta fue la argumentación sobre la cual se denegó por la STSJ gallego 4/99 la posible aplicación retroactiva de la adquisición del derecho de servidumbre por usucapión, y que sin duda se configura como la más clara de las tres en las que se ha pronunciado el Tribunal sobre el mismo tema. No obstante y sin perjuicio de la vía argumentativa que siguió el Tribunal en cada uno de los casos enjuiciados la conclusión a la que se llegó fue idéntica: se denegó la posible aplicación retroactiva de la prescripción adquisitiva a las servidumbres de paso.

Por lo tanto ante la pasividad del legislador, que según el criterio del profesor Rodríguez Montero podría haber optado por introducir una Disposición Transitoria dentro de la LDCG en la que se pronunciase sobre la intertemporalidad de la norma, han tenido que ser los Tribunales los que solucionen jurisprudencialmente la cuestión.

Al haberse pronunciado el TSJ gallego en contra de la aplicación retroactiva de la prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso, el problema que en principio se planteó, y que como se dijo parecía haber quedado resuelto, persistirá hasta que transcurran veinte años desde la entrada en vigor de la Ley, por lo que no se conseguirá poner fin por el momento a la litigiosidad que la cuestión suscitaba, e incluso podrá verse incrementada cuando los pro-

pietarios de los fundos sirvientes intenten mantener sus predios libres de cargas ante la inminente configuración de los derechos reales sobre ellas.

Dentro de la monografía se hace referencia y comparación continua a la regulación de las servidumbres dentro de otras compilaciones forales, que pueden tomarse como punto de partida para tratar de solucionar las deficiencias de la LDCG, a la vez que ha servido al autor para enriquecer su estudio.

En definitiva, tras el análisis sobre los continuos problemas que el ejercicio de los derechos o costumbres de paso provocan, el profesor Rodríguez Montero considera que sin perjuicio de la actuación del legislador y de los Tribunales para tratar de resolver los conflictos que los derechos de paso provocan, la vía sobre la que de forma más acertada se debería actuar sería la erradicación del problema desde su fuente, que no es otra que el excesivo minifundismo que caracteriza al campo gallego. El mecanismo propuesto, como no podía ser otro, es el de la concentración parcelaria, que podría solucionar en parte la conflictividad, pero que no conseguiría de forma absoluta eliminarla. Por ello sería conveniente que el legislador tomase medidas no sólo por la vía de la concentración parcelaria, sino también en cuanto a la adecuada regulación de la figura jurídica de la servidumbre.

En conclusión y por lo que a la valoración crítica de la monografía respecta, es necesario, en primer lugar, destacar el trabajo del profesor Rodríguez Montero, al tratar de explicar el problema que se plantea en Galicia en los casos de reconocimiento y diferenciación de los diferentes derechos y prácticas de paso. Ello no sólo por el razonamiento jurídico que en sus páginas se puede encontrar, sino también por la exposición de los antecedentes históricos de la cuestión, que han conducido al campo gallego a los actuales problemas que se plantean en torno a los derechos de paso.

Si ha de hacerse algún reproche (siempre menor y de carácter meramente formal) a este destacable estudio, no es otro que el hecho de que el autor ha incluido en él lo que fueron diversos artículos suyos, publicados desde el año 1996 en diversas revistas jurídicas gallegas, siendo sus dos últimos capítulos comunicaciones presentadas en sendos congresos. Un método que ya advierte el autor en la presentación al libro, en el que expresa la conveniencia de mantenerlos en su forma original, pero que da lugar a ciertas reiteraciones en el tratamiento de algunos temas. En cualquier caso, y como queda dicho, se trata de objeciones de rango menor, que en nada desdicen la excelencia del estudio del profesor Rodríguez Montero.

Azahara RODRIGO ALARCÓN
Becaria de FPU del MECD

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.-II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «La comunicazione n. 398/2001/CE sulla armonizzazione del diritto privato. Una premessa al dibattito», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 425-426.

A propósito de un Código civil europeo. (*Alma R. G.*)

BARALDI, M.: «Le “mobili frontier” dell’abuso del diritto: L’arbitrario recesso *ad nutum* dall’apertura di credito a tempo determinato», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 927-952.

El concepto de abuso del derecho. El desistimiento del contrato de apertura de crédito con fecha determinada: disciplina general. El arbitrario desistimiento de la entidad bancaria. (*Alma R. G.*)

BUSNELLI, F. D.: «Note in tema di buona fede ed equità», *RDC*, 2001, núm. 5, parte prima, pp. 537-960.

Notas acerca del principio de buena fe y la equidad en materia contractual con especial referencia a su inclusión en el proyecto de unificación europea del derecho de contratos. (*M. R. D. R.*)

CORNU, G.: «Un Code civil n’est pas un instrument communautaire», *RDS*, 2002, núm. 4, 1er. cah., chr., pp. 351-352.

Cada Estado se ha de interrogar sobre el destino de su Código civil, teniendo en cuenta los debates sobre un Código europeo de los contratos. (R. A. R.)

CROZE, H.: «Internet: vers un droit et une déontologie internationale?», GP, 2001, núms. 110-111, pp. 3-8.

Estudio sobre los conflictos jurídicos que se producen con el desarrollo de la informática y el uso de Internet. A propósito del asunto «Yahoo». La necesidad de una reglamentación internacional del ejercicio profesional por Internet y sus dificultades en cuanto a un código de deontología. (I. S. P.)

GRIDEL, J. P.: «La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé», *RDS*, 2002, núm. 3, 1er. cah., chr., pp. 228-236; núm. 4, pp. 345-350.

Los principios generales del derecho privado que hay están presentes en la jurisprudencia de la Corte de casación. Los principios generales viven para circunscribir, completar, suplir y corregir las disposiciones de la Ley. (R. A. R.)

GROOT, G. R. de: «Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht», *ZEuP*, 2001, pp. 617-627.

La unificación del Derecho privado europeo se ha centrado en el Derecho patrimonial. El autor, sin embargo, estudia la conveniencia de la unificación también en el ámbito del Derecho de familia y Derecho sucesorio. (I. G. P.).

IRTI, N.: «Sul problema delle fonti in diritto privato», *RTDPC*, 2001, núm. 3, pp. 665- 696.

Trabajo divulgativo de la Intervención del autor en el seminario pisano sobre «Imágenes contemporáneas de las fuentes del derecho entre la memoria histórica y los escenarios futuros». (M. R. D. R.)

KLESTA DOSI, L.: «Corte di Giustizia delle Comunità Europee (1.º gennaio-30 settembre 2000)», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 195-214.

Derecho comunitario: ambiente y consumidores, libre circulación de las mercancías, libre circulación de las personas, convención sobre competencia jurisdiccional y ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil. (Alma R. G.)

MALAURIE, PH.: «Le Code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte. Colloque de Leuven (Belque) (30 nov.-1er. déc. 2001)», *SJ*, 2002, núm. 6, I-110.

Reflexiones sobre el Código europeo de obligaciones y contratos y lo prematuro de su confección. (I. S. P.)

OLIVIER, M.: «Le sapiteur et la Cour de cassation», *GP*, 2001, núms. 124-125, p. 37 yss.

El lenguaje y su interpretación por la Corte de casación francesa. El término «sapiteur» y su uso en la citada Corte. Análisis gramatical de la palabra. (R. A. R.)

POULLAUD-DULIAN: «A propos de la sécurité juridique», *RTDC*, 2001, núm. 3, pp. 487-504.

El régimen jurídico está presente como objetivo del legislador y del juez. Su influencia en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas hace que normalmente se presente como principio normativo o valor supra-legislativo. Las críticas virulentas a sentencias de la corte de casación francesa del 2000 hace que surja la pregunta sobre su naturaleza jurídica. (I. S. P.)

PUIG, P.: «Hiérarchie des normes: du système au principe», *RTDC*, 2001, núm. 4, pp. 749-794.

La jerarquía está cada vez más solicitada pero a su vez menos respetada. A medida que se refuerzan los controles destinados a hacerla efectiva se cristalizan las contradicciones, incoherencias y otras lagunas de una teoría pura inaplicable. (R. A. R.)

RUSSO, E.: «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», *RDC*, 2001, núm. 5, parte prima, pp. 573-600.

Notas sobre el concepto de norma jurídica y sus diferentes tipos: imperativa, dispositiva, supletoria, etc. (M. R. D. R.)

SCHLENSINGER, P.: «L'interpretazione della legge per i casi dubbi od omessi», *RDC*, 2001, núm. 5, parte seconda, pp. 489-492.

Breves notas acerca de la interpretación de las normas: la voluntad del legislador, la intención del intérprete. (M. R. D. R.)

SIMMONS, N. E.: «Protestant Jurisprudence and Modern Doctrinal Scholarship», *Cambridge L. J.*, 2001, vol. 60 (2), pp. 271-300.

Se ha discutido si la doctrina se limita a dar una forma coherente a los principios generales o bien si crea estos principios. En este artículo el autor analiza la evolución del pensamiento jurídico partiendo del estudio de dos tradiciones jurídicas, la continental, representada por Grotius y la del *common law*, representada por Hobbes. El autor analiza su visión del derecho y de la posición que debe tener la doctrina en relación a la jurisprudencia. A continuación, el autor analiza el pensamiento de otros autores como Dworkin o Hart. (M. V. V.)

ZÉNATI, F.: «L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil», *RDS*, 2002, núm. 1, 1er. cah., chr., pp. 15-22.

Los derechos de la familia romano-germánica son fundamentalmente doctrinales. Los romanistas medievales para la interpretación del derecho romano crean un sistema jurídico fundado en la ley y su interpretación, separando definitivamente la teoría y la práctica. Rasgos que se acentúan en la modernidad y la codificación generaliza el derecho del Estado, que no es sino un avatar doctrinal. (I. S. P.)

ZULEEG, M.: «Öffentliches Recht und Privatrecht im Europarecht», *ZEuP*, 2001, pp. 533-547.

La diferencia entre Derecho público y Derecho privado en el ordenamiento jurídico de la Unión europea. (I. G. P.)

DERECHO DE LA PERSONA

AMSON, D.: «Droit d'informer, vie privée et droit à l'oubli», *GP*, 2001, núm. 269-270, pp. 18-22.

Notas a la sentencia de la Corte de París, sección 1 B, de 15 de septiembre de 2000. (*R. A. R.*)

ANDRIANTSSIMBAZOVINA, J.: «“Savoir n'est rien, imaginer est tout”. Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme», *RDS*, 2001, núm. 32, 1er. cah., chr., pp. 2611-2618. (*I. S. P.*)

BEIGNIER, B./BLÉRY, C.: «L'impartialité du juge, entre apparence et réalité», *RDS*, 2001, núm. 30, 1er. cah., chr., pp. 2427-2433. (*R. A. R.*)

BOLOT, F.: «La notion de droit aux soins et la question de l'accessibilité aux soins», *GP*, 2001, núms. 250-251, pp. 17-23.

Su fundamento: los textos constituciones y el principio a la dignidad. Topes o frenos a este derecho a ser atendido. (*I. S. P.*)

CARRERA, L.: «La tutela dei diritti del minore nelle comunicazioni televisive e nell'informazione», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 803-826.

La posición del menor ante los medios de comunicación. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «Il cognome di mamma fra dato letterale ed inconscio freudiano (a proposito di trib. min. Milano 2 febbraio 2000)», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 767-781.

Formas de atribución del apellido. Automatismo en la atribución del apellido y derecho a la identidad personal. (*Alma R. G.*)

CORNISH, W./SÉVILLE, C.: «Developments in United Kingdom Copyright Law», *RIDA*, núm. 190, pp. 305-357.

Crónica del derecho de autor en Gran Bretaña. Informe sobre las enmiendas que se han presentado a la Ley británica sobre derecho de autor en los últimos años. (*C. J. D.*)

D'ARRIBO, C. M.: «Trapianto di fegato: una legge inutile e nociva? Alcune riflessioni sulla donazione di organi fra persone viventi», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1184-1222.

Más sobre la polémica cuestión del estatuto del cuerpo humano, es decir, sobre el juego entre la autonomía privada y la integridad física. En especial, a la luz de la nueva ley italiana de 16 de diciembre de 1999. (*Alma R. G.*)

DESURMONT, T.: «La Communauté européenne, les droits des auteurs et la société de l'information», *RIDA*, núm. 190, pp. 3-69.

Balance de la actuación comunitaria en el campo del derecho de autor en la actual sociedad de la información. Esbozo de las perspectivas de futuro de los derechos de los autores. En concreto, se estudia la delimitación de los derechos; la determinación de la ley aplicable; el régimen de la gestión de los derechos; y las medidas para evitar la transmisión de contenidos ilícitos. (*C. J. D.*)

DI PIETRO, M. L.: «La ricerca sulle cellule staminali alla luce dei documenti nazionali ed internazionali», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 652-668.

Artículo sobre la clonación humana terapéutica. (*Alma R. G.*)

DRAGO, R.: «Le Conseil d'Etat français et la Convention européenne des droits de l'homme», *RDS*, 2001, núm. 32, 1er. cah., jur., pp. 2619-2627.

Comentario a la sentencia de la Corte europea de derechos humanos de 7 de junio de 2001. (*R. A. R.*)

DUCHEMIN, W.: «La Directive communautaire sur le droit de suite», *RIDA*, núm. 191, pp. 3-131.

Comentario a la Directiva comunitaria sobre el derecho de autor en la reventa de las obras o en las sucesivas transacciones de las mismas (texto aprobado por el Parlamento Europeo, el 3 de julio de 2001). (*C. J. D.*)

DUPRAT, J. P.: «Le consentement anticipé aux soins pour maladies graves. Un aspect de la protection des personnes agées dépendantes», *SJ*, 2001, núm. 50, I-369.

La inadaptación de las modalidades actuales de protección en las situaciones de dependencia de mayores. El interés aportado por la solución de Quebec de mandato en previsión de ineptitud. (*I. S. P.*)

FABIANI, M.: «Chronique d'Italie», *RIDA*, núm. 191, pp. 133-175.

Informe acerca de la legislación y jurisprudencia italiana más reciente en el ámbito de la propiedad intelectual. Referencia al derecho de acceso a la obra y a la Directiva 2001/29/CE sobre la protección del derecho de autor en la sociedad de la información. (*C. J. D.*)

FAVILLI, C.: «Autodeterminazione procreativa e diritti dell'embrione», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 487-501.

Sobre la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*. (*Alma R. G.*)

GAUDRAT, P.: «Les démêlés intemporels d'un couple à succès: le créateur et l'investisseur», *RIDA*, núm. 190, pp. 71-243.

Ensayo acerca de la relación entre el autor de la obra y el inversor, en el contexto empresarial. El autor hace una tipología de las vías por las que se vincula la inversión financiera a la creación, para después analizar el tratamiento jurídico de los distintos conflictos de intereses que pueden surgir. El trabajo concluye con una descripción crítica del derecho de autor en Francia. (*C. J. D.*)

GUÉRY, CH.: «Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel: un nouveau délit?», *RDS*, 2001, núm. 41, 1er. cah., chr., pp. 3293-3298. (*R. A. R.*)

HAÏM, V.: «Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme?», *RDS*, 2001, núm. 37, 1er. cah., chr., pp. 2988-2994. (*I. S. P.*)

HUGON, CHR.: «Le contrôle par le CEDH du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation», *RDS*, 2001, núm. 42, 1er. cah., chr., pp. 3369-3373. (R. A. R.)

JACOPIN, S.: «La mise en conjonction des diversités préservées en matière de minorité», *RDS*, 2001, núm. 34, 1er. cah., chr., pp. 2768-2772. (I. S. P.)

LIPOVETSKY, S./YAYON-DAUVET, A.: «Le devenir de la protection des données personnelles sur Internet», *GP*, 2001, núms. 255-256, pp. 2-8.

Campo de aplicación de los datos dados por los internautas. Obligaciones del responsable del fichero; derechos de las personas cuyos datos son adquiridos. Intervención de la autoridad para controlar. (R. A. R.)

LONGUINI, S.: «Le riprese televisive della manifestazione sportiva tra il diritto di iniziativa economica privata ed il diritto di cronaca», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 2, pp. 191-198.

Conflicto entre el derecho de organización de la manifestación deportiva y el derecho de información. (Alma R. G.)

MARCHEGIANI, L.: «Il diritto sulla propria notorietà», *RDC*, 2001, núm. 2, parte prima, pp. 191-242.

Reflexión acerca del derecho a la notoriedad o publicidad: la imagen y el nombre como signos típicos de la notoriedad de una persona física; concepto de notoriedad en el instituto del derecho industrial e intelectual. Tutela de la notoriedad y efectos resarcitorios en caso de violación. (M. R. D. R.)

MARTIN, R.: «Les premiers jours de l'embryon. À propos du projet de loi relatif à la bioéthique», *SJ*, 2002, núms. 8-9, I-115.

Libre reflexión sobre los primeros días del embrión y sobre el proyecto de ley. (I. S. P.)

MBONGO, P.: «L'incrimination des opinions “sexistes” et la liberté d'expression», *RDS*, 2002, núm. 5, 1er. cah., chr., pp. 427-432.

Desde hace algún tiempo los poderes públicos son objeto de insistentes solicitudes por parte de asociaciones de defensa de los derechos de la mujer y favorables a la incriminación de discursos relativos a una «representación estereotipada» de desvalorización de la mujer. (R. A. R.)

METAFORA, V.: «Satira, opera satirica e diritto d'autore», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 763-790.

La afirmación en la última década de un autónomo e independiente derecho de sátira distinto del derecho de información y de crítica. (Alma R. G.)

NOËL, D. J.: «Quand le sulfate de cuivre a plus d'utilité sociale que la défense de l'enfance maltraitée», *GP*, 2001, núms. 199-200, pp. 14-15.

Crónica a propósito de las negociales para someter a los abogados a la tasa normal de TVA. (I. S. P.)

PALMIERI, A.: «Protezione dei dati personali in Cassazione: eugenetica dei diritti della personalità?», *FI*, 2001, núm. 9, pp. 2448-2457.

Acerca de bancos de datos periodísticos. (*Alma R. G.*)

PIRIOU, F. M.: «Le droit moral à l'épreuve des relations auteurs / personnes morales», *RIDA*, núm. 190, pp. 245-303.

Estudio acerca de la oposición del derecho moral del creador frente a la empresa y, en segundo lugar, acerca de las derogaciones previstas por la ley francesa para matizar el alcance del derecho moral de autor (se centra especialmente en las obras audiovisuales, multimedia, y en los juegos de video). (*C. J. D.*)

REBELLO, L.F.: «Le droit d'auteur au Portugal», *RIDA*, julio 2001, núm. 189, pp. 215-251.

Crónica de la legislación portuguesa del derecho de autor. (*C. J. D.*)

SAINT-PAU, J. CH.: «Les pouvoirs du juge des référés sur le fondement de l'article 9, alinéa 2, du code civil», *RDS*, 2001, núm. 30, 1er. cah., jur. pp. 2434-2439.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 12 de diciembre de 2000, sobre el derecho fundamental a la intimidad privada. (*R. A. R.*)

SERGIO, G.: «Interesse del minore e scelte terapeutiche. Lettura ragionata di due casi giudiziari», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 637-651.

Otra ocasión para adentrarse en el difícil concepto de interés del menor. (*Alma R. G.*)

VENUTI, M. C.: «Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 827-848.

Autonomía privada e integridad física. (*Alma R. G.*)

VV. AA.: «Spécial Droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l'homme», *GP*, 2001, núms. 266-268, 62 pp.

La aplicación de la Convención europea de derechos humanos. Problemas de aplicación y los derechos fundamentales. (*R. A. R.*)

VV. AA: «Spécial Droit de la Presse», *GP*, 2001, núms. 168-170, 56 pp.

Número especial dedicado al derecho a la información y su repercusión en otros derechos fundamentales. (*I. S. P.*)

VON LEWINSKI, S.: «International protection for audiovisual performers: A never-ending story? A resume of the WIPO diplomatic conference 2000», *RIDA*, julio 2001, núm. 189, pp. 3-65.

Resumen y balance de la Conferencia diplomática sobre la protección de las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales convocada por la OMPI en Ginebra del 7 al 20 de diciembre de 2000. El autor se refiere, además, a los precedentes de la Conferencia y a las perspectivas de futuro que se abren tras ella. (*C. J. D.*)

WERRA, J. DE: «Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités de L'OMPI, le Digital millennium copyright Act, les Directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie)», *RIDA*, julio 2001, núm. 189, pp. 67-213.

El objeto de este artículo es la delimitación precisa de la noción de medidas técnicas de protección de las obras. El autor analiza las categorías de medidas técnicas de protección que existen actualmente; estudia la definición que de ellas han dado los Tratados de la OMPI y, por último, presenta las legislaciones que han aplicado esos Tratados (Estados Unidos, Unión Europea, Japón y Australia). (C. J. D.)

ZATTI, P.: «La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 149-160.

Naturaleza jurídica del embrión. (Alma R. G.)

PERSONA JURÍDICA

BOERI, E.: «Sull'opponibilità ai terzi dello statuto di un'associazione non riconosciuta», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 544-552.

Aplicación de la normativa reguladora de la representación a la actividad del órgano de una asociación no reconocida. (Alma R. G.)

MARASÀ, G.: «Riflessioni su oggetto e scopi delle associazioni del Libro I cod. civ. nelle prospettive di riforma», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 303-310.

Fines de las asociaciones. Asociaciones y empresa. (Alma R. G.)

MAROT, Y.: «La loi du 1er juillet 1901 sur les associations: un principe de liberté ou un principe de démocratie? L'association: un contrat ou une personne juridique?», *RDS*, 2001, núm. 38, cah. aff., chr., pp. 3106-3109. (R. A. R.)

VV. AA: «Le centenaire de la loi de 1901», *GP*, 2001, núms. 350-352, 72 pp.

El derecho de asociaciones desde distintos puntos de vista: su evolución; la asociación como contrato o como institución; su carácter lucrativo o no; subvenciones legales y régimen fiscal. Responsabilidad y otros aspectos de los dirigentes. (I. S. P.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABRAM, P./PRÉZIOSI, J. A.: «De quelques réflexions sur les inconvénients de la multiplicité des barèmes de capitalisation et les moyens d'y pallier», *GP*, 2001, núms. 187-188, pp. 2-4.

Baremos legales a la hora de fijar indemnización por responsabilidad civil a las víctimas de accidentes de circulación con daños corporales. La unifica-

ción por defecto como forma de evitar la incertidumbre de la multiplicidad de baremos. (R. A. R.)

AGNINO, F.: «Danno biologico: frammenti di una nuova disciplina», *FI*, 2001, núms. 7-8, pp. 2276-2282.

Valoración del daño a la salud. (Alma R. G.)

AMAR, J.: «De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics: a propos de l'arrêt Société des eaux du Nord rendu par le Conseil d'Etat le 11 juillet 2001», *RDS*, 2001, núm. 34, cah. aff., chr., pp. 2810-2814. (I. S. P.)

ANGELONI, F.: «La patrimonialità della prestazione», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 894-911.

El problema del carácter patrimonial de la prestación objeto de la relación jurídico-obligatoria. Análisis de las decisiones jurisprudenciales que parecen utilizar un criterio subjetivo para valorar la patrimonialidad de la prestación. (Alma R. G.)

AYNÈS, L.: «Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie», *RDS*, 2001, núm. 38, cah. aff., jur., pp. 3110-3112.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 20 de marzo de 2001. (R. A. R.)

BAR, C. V.: «Konturen des Deliktsrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code. Ein Werkstattbericht», *ZEuP*, 2001, pp. 515-532.

Los contornos del concepto del Derecho de daños del «Study Group on a European Civil Code». Este grupo de trabajo se constituyó en 1999 para ocuparse de diversas parcelas del Derecho patrimonial, entre ellas, la responsabilidad extracontractual. En este artículo, se ofrece un resumen del trabajo realizado en este campo, que pretende plantear las grandes cuestiones del tema tratado y sugerir criterios de solución que reflejen principios comunes europeos. En este sentido, se formula una «regla general» (*basic rule*) que recoge los presupuestos esenciales de la responsabilidad extracontractual; daño, criterio de imputación y causalidad, que son objeto de definición en los sucesivos capítulos: Además, se dedica un apartado a la reparación del daño, así como algunas cuestiones relativas a la concurrencia con otros remedios. (I. G. P.)

BARBIER, J. D.: «Le Décret du 28 décembre 1998 est-il applicable à la procédure en matière de baux commerciaux?», *GP*, 2001, núms. 220-221, pp. 7-8.

Cambios procesales establecidos en lo relativo a la asignación y conclusiones. Su aplicación en materia de arrendamientos comerciales. (I. S. P.)

BAVEREZ, J./TAVERNIER, G.: «Révision judiciaire du loyer commercial: épilogue parlementaire d'une chronique judiciaire», *RDS*, 2002, núm. 2, cah. aff., chr., pp. 195-197.

El artículo 26 de la L. 2001/1168, de 11 de diciembre, procede del artículo de la L. 145-38 del Código de comercio recordando la derogación que constituye el artículo de la L. 145-33 del mismo código. El legislador así,

ha querido poner término a la polémica nacida de la jurisprudencia de la corte de casación sobre revisión de las fases del arrendamiento comercial. (*I. S. P.*)

BAZIN, E.: «De l'exercice du droit par les associations de consommateurs», *RDS*, 2001, núm. 29, cah. aff., chr., pp. 2395-2399. (*R. A. R.*)

BENEDETTI, A. M.: «La revoca della proposta tra spedizione e ricezione: la Cassazione cambia rotta», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 370-382.

Acerca del carácter recepticio de la revocación de la oferta contractual. (*Alma R. G.*)

BISSON, P./MARTINEAU-FONDIN, F.: «Point de départ de la forclusion opposable à l'emprunteur contestant l'offre préalable», *GP*, 2001, núms. 280-282, pp. 15-20.

Notas a la sentencia de la corte de Rennes, sección 1 B, de 13 de octubre de 2000. (*I. S. P.*)

BOERI, E.: «Il divieto di immissioni e la tutela della salute nella recente evoluzione giurisprudenziale», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 311-329.

La evolución de la jurisprudencia italiana en materia de tutela civil del derecho a la salud. (*Alma R. G.*)

BRAULT, PH.: «Baux commerciaux: à propos des modifications législatives en cours de gestation», *GP*, 2001, núms. 220-221, pp. 4-6.

Modificaciones propuestas a raíz de diversas decisiones jurisprudenciales en materia de arrendamientos: revisión trienal, condiciones financieras para revisión a la baja. (*R. A. R.*)

BRUNO, S.: «L'azione per danni da informazione non corretta sul mercato finanziario: diritto comune e legislazione speciale», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1287-1344.

Artículo acerca del daño ocasionado por una información falsa en el ámbito del mercado financiero. (*Alma R. G.*)

GAGNY-BILLECOQ, L.: «Le droit à la commission de l'agent immobilier», *GP*, 2001, núms. 180-181, pp. 14-15.

El mandato de venta: condiciones para la realización de la operación: acto escrito y operación realizada. (*I. S. P.*)

CAMARDI, C.: «Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 557-570.

¿En qué sentido el civilista puede hablar de contrato en Internet? (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «Danno esistenziale, e così sia!», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1039-1088.

Responsabilidad profesional médica frente al embrión: falta de diagnóstico de las malformaciones fetales. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «La diffamazione *on line*», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 187-194.

Sistema de la responsabilidad y tutela en Internet. (*Alma R. G.*)

CASTETS, C.: «La sanction de la vente à prix vil», *RDS*, 2002, núm. 8, 1er. cah., jur., pp. 680-682.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección 3.^a, de 18 de julio de 2001. (*R. A. R.*)

CAUFFMAN, C./CÁMARA LAPUENTE, S./PAPADOPOULOU-KLAMARIS, D.: «Comentario a BGH, Urteil v 11.12.98 – vZr377/97 Wiederverkaufsrecht», *ERPL*, vol. 9, 2001, núm. 4, pp. 635-663.

Comentario a la sentencia del BGH de 11 de diciembre de 1998 sobre el pacto de «retroemendo», por el que el vendedor se obliga a recomprar la cosa por el precio original si el comprador, en el plazo estipulado, manifiesta su voluntad de revenderla. La cuestión se centra en determinar las reglas aplicables a este contrato, y, en particular, las consecuencias de la pérdida o deterioro de la cosa entre el momento de la venta originaria y la demanda de reventa. Los comentarios ofrecen un estudio comparado del tema en Derecho belga, español y griego. (*I. G. P.*)

CHABAS, F.: «La responsabilité des cliniques pour défaut d'organisation. Étude de droit privé français», *GP*, 2001, núms. 112-114, pp. 22-24.

Comunicación presentada al coloquio sobre «Daño a la persona por insuficiencia de la estructura sanitaria» presentada en Milán el 27 de octubre de 2000. Problemas de responsabilidad por defectos de personal como criterio cuantitativo y cualitativo; el lugar y los materiales utilizados. (*I. S. P.*)

CHARBIT, N.: «L'esperanto du droit? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la commision europeenne relative au droit européen des contrats», *SJ*, 2002, núm. 1, I-100.

La Comisión europea propone armonizar los derechos nacionales en materia de contratos y obligaciones a fin de suprimir uno de los últimos obstáculos de acercamiento del mercado interior. (*R. A. R.*)

CIAN, G.: «L'offerta al pubblico e l'art. 3 del d. legisl. 31 maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio», *RDC*, 2001, núm. 3, parte prima, pp. 313-324.

Reflexión acerca de las obligaciones contraídas a través de la oferta al público: eficacia, pluralidad de aceptación, caducidad, problemas de interpretación, solución del artículo 14 de la Convención de Viena. (*M. R. D. R.*)

COMOGLIO, M. P.: «L'azione civile nel processo penale e le strategie di tutela del diritto al risarcimento», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 161-178.

Responsabilidad civil derivada de delito. (*Alma R. G.*)

CONFINO, PH.: «La mise en circulation dans la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux», *GP*, 2001, núms. 112-114, pp. 2-21.

La noción de puesta en circulación, en derecho francés y en otros derechos europeos. La nueva Ley de 19 de mayo de 1998. Necesidad de acto voluntario como condición de responsabilidad. La desposesión del producto

por un fabricante. El principio de unidad en el artículo 1386.5.2 del *Code civil* y la puesta en circulación de la ley. (I. S. P.)

CONTINO, E.: «*Contratti misti, contratti collegati e meritevolezza degli interessi*- nota a Cass. 2 novembre 2000, n. 14330», *GC*, 2001, núms. 7-8, pp. 1897-1903. (M. R. D. R.)

COSTANTINO, L.: «*Il prezzo simbolico. Profili privatistici*», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1199-1236.

Los límites legislativos en la libre determinación de precios: el contexto europeo. La noción de precio. El precio simbólico en la experiencia francesa e italiana. Equidad de las prestaciones: una definición alternativa de precio. La causa como función social de los particulares contratos y el papel de los motivos de las partes. (Alma R. G.)

D'AGNOLO, A.: «*L'azione revocatoria ordinaria nella recente evoluzione giurisprudenziale*», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 330-354.

Carácteres y eficacia de la acción revocatoria. Actos sujetos a revocatoria. El *eventus damni*. El *consilium fraudis*. La situación de los subadquirentes. La responsabilidad aquiliana del tercer adquirente hacia el acreedor. (Alma R. G.)

DAHAN, F.: «*Les cumuls d'actions en matière de responsabilité dans l'acte de construction*», *GP*, 2001, núms. 180-181, pp. 16-18.

El problema del legislador a la hora de proteger a los consumidores de viviendas junto a la protección de los agentes de la construcción. (R. A. R.)

DALMOTTO, D.: «*Le clausole vessatorie ed il contratto stipulato davanti al notaio*», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 386-389.

Responsabilidad del notario y cláusulas abusivas. (Alma R. G.)

DANEMANS, F.: «*La garantie de paiement de l'article 1799-1 du Code civil, est-elle d'ordre public?*», *GP*, 2001, núms. 175-177, pp. 25-28.

El texto legislativo y la voluntad del legislador en el precepto citado. Posible renuncia por el constructor como consecuencia del carácter de orden público de la protección de la garantía de pago. (I. S. P.)

DE GIORGI, M. V.: «*Il risarcimento dei danni psicologici ai congiunti dell'ucciso*», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 271-273.

Nuevas perspectivas en materia de daño por muerte de un familiar. (Alma R. G.)

DE IULIS, C. M.: «*Riflessioni in tema di capitalizzazione degli interessi alla luce della Deliberazione CICR 9 febbraio 2000*», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 736-749.

Anatocismo y capitalización no son fenómenos coincidentes: comentario al artículo 1283 del código civil italiano. (Alma R. G.)

DE MONTBRIAL, D.: «*Assurance vie: l'arrêt Leroux, un faux événement juridique*», *GP*, 2001, núms. 343-345, pp. 4-7.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección 1, de 18 de julio de 2000, que no modifica en nada el seguro de vida y confirma la distinción entre contrato de capitalización y contrato de seguro. (I. S. P.)

DE SIMONE, T.: «Sull'opponibilità al locatore della successione del coniuge separato o divorziato nel contratto di locazione di immobili urbani adibiti ad uso di abitazione», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 782-802. (Alma R. G.)

DEL PRATO, E.: «I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese», *RDC*, 2001, núm. 3, parte seconda, pp. 271-290.

Análisis de los tipos contractuales de concesión de crédito en el Código civil y en las leyes especiales, en especial su función de financiación y su relación con el principio de buena fe. Normativa y práctica bancaria y su control por la Administración. (M. R. D. R.)

DELFINO, R.: «Il Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 nel diritto inglese», *RTDPC*, 2001, núm. 2, pp. 467-481.

Breve examen del derecho contractual del *common law* inglés, a través de la regla de la «*privity of contract*», la normativa en materia de cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad y las recientes innovaciones en el campo contractual. (M. R. D. R.)

DI MARZIO, F.: «Intorno alla nozione di "consumatore" nei contratti- nota a Cass. 11 genaio 2001 n. 314», *GC*, 2001, núm. 9, pp. 2151-2161. (M. R. D. R.)

DOGLIOTTI, M.: «Il diritto alla salute tra pubblico e privato», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 969-986.

Problemas relativos al resarcimiento del daño causado a la salud. (Alma R. G.)

DREYFUS, B.: «La guerre des barèmes», *GP*, 2001, núms. 187-188, pp. 5-11.

Los baremos para indemnización a la víctimas por actos médicos. Carácter contradictorio del experto que los fija. El seguro de los médicos. (R. A. R.)

FABIANI, E.: «Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e l. 47/1985 sul condono edilizio», *RDC*, 2001, núm. 5, parte seconda, pp. 513-530.

Examen de la L. 47/1985 que establece determinadas formalidades negociales para los actos que tienen por objeto la transmisión o disolución de comunidades de derechos reales relativos a bienes inmuebles. (M. R. D. R.)

FENSTRA, R.: «Zur Ursprung der deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen», *ZEuP*, 2001, pp. 585-594.

Sobre los orígenes históricos de la cláusula general de responsabilidad extracontractual en las modernas codificaciones europeas (I. G. P.)

FERRARIO, M.: «La cessione dei beni ai creditori: un mandato *in rem pro priam* con funzione di garanzia o di liquidazione», *RTDPC*, 2001, núm. 2, pp. 321-380.

Análisis del problema de la naturaleza y función de la cesión de bienes a los acreedores: intereses a compensar, pacto de irrevocabilidad, eficacia traslativa, tutela del cesionario, relación con el mandato, etc. (M. R. D. R.)

FERRARI, M.: «Ancora in tema di retroattività della legge sull’usura», *NGCC*, 2001 núm. 3, pp. 257-262.

Aspectos civiles de la nueva ley de usura. (Alma R. G.)

FINOCCHIARO, G.: «*Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 571-610.

Las fuentes del derecho en el mundo de Internet. (Alma R. G.)

FLORES, PH.: «*L’emprunteur immobilier ou les limites du surendettement*», *GP*, 2001, núms. 280-282, pp. 2-9.

La capacidad de reembolso. Trato del saldo del préstamo inmobiliario. (I. S. P.)

FORMICOLA, M.: «Il danno da superlavoro: un nuovo traguardo della frontiera del danno biológico», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 407-411.

El daño biológico: naturaleza jurídica y su resarcimiento al trabajador. (Alma R. G.)

FRANÇOIS, J.: «Le problèmee de la nature juridique du contrat caution-débiteur», *RDS*, 2001, núm. 31, cah. aff., chr., pp. 2580-2586. (R. A. R.)

FRISON-ROCHE, M.: «L’erreur du juge», *RTDC*, 2001, núm. 4, pp. 819-832.

Sobre el principio jurídico de incontestabilidad del error judicial. Hacia un nuevo equilibrio entre inseguridad y justicia del error judicial. (I. S. P.)

GABRIELLI, E.: «Contratto completo e clausola di arbitraggio», *RDC*, 2001, núm. 3, parte segunda, pp. 291-306.

Examen de la teoría del contrato completo o incompleto en relación a aquellos contratos que incluyen cláusulas de arbitraje y formas de designar al tercero-árbitro. (M. R. D. R.)

GAGGERO, P.: «I contratti di gestione patrimoniale (a proposito di un libro di Carlo Lombardini)», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 679-716.

Las fuentes de la disciplina de las relaciones de gestión patrimonial. Las obligaciones del gestor. Aspectos de la responsabilidad del gestor. Culpa y riesgo de empresa. (Alma R. G.)

GALGANO, F.: «Regolamenti contrattuali e pene private», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 509-516.

El contrato en el lugar de la ley. Dos modelos de penas privadas. Los límites de validez de las penas contractuales. (Alma R. G.)

GAMBINO, F.: «I mutui usurari tra logica imperativa ed analisi economica del diritto», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 644-651.

Préstamo usurario como problema jurídico-económico. (Alma R. G.)

GANDOLFI, G.: «Il progetto pavese di un codice europeo dei contratti», *RDC*, 2001, núm. 4, parte prima, pp. 455-474.

Reflexión sobre el proyecto de Código europeo de los contratos para llegar a una unificación efectiva sobre la materia y conseguir la eficiencia del contrato como instrumento de la autonomía privada con garantía de claridad y lealtad en las relaciones privadas. (M. R. D. R.)

GAREZ, D.: «Les vices du consentement de la caution», *GP*, 2001, núms. 180-181, pp. 11-13.

Estudio del error, dolo y violencia en el contrato de fianza. Sus particularidades frente a la regla general de los vicios. (R. A. R.)

GAROFALO, L.: «Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano», *RDC*, 2001, núm. 2, parte prima, pp. 243-252.

Perfiles generales de la garantía por vicios. Presupuestos, naturaleza y efectos de la acción redhibitoria. (M. R. D. R.)

GENTILI, A.: «I contratti usurari: tipologie e rimedi», *RDC*, 2001, núm. 3, parte prima, pp. 353-384.

Reflexión acerca del tratamiento civilístico de la usura: tipos de contratos usurarios, nulidad, efectos resarcitorios, etc. (M. R. D. R.)

GENTILI, A.: «L'interpretazione autentica del contratto», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1096-1142.

Diversos problemas acerca de la interpretación auténtica del contrato: interpretación contractual y legal, interpretación como sentido y como procedimiento, interpretación y modificaciones, la eficacia retroactiva del acto de interpretación auténtica y sus límites, interpretación auténtica del contrato colectivo de empleo público. (Alma R. G.)

GERVEN, W. V.: «A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?», *ERPL*, vol. 9, 2001, núm. 4, pp. 485-503.

La creación de un nuevo orden jurídico común en los países que conforman la Unión Europea plantea retos que los instrumentos comunitarios, debido a las competencias limitadas que el Tratado confiere a los poderes legislativo y judicial, no pueden resolver. Con el fin de favorecer la convergencia en aquellos ámbitos que en mayor medida pueden beneficiarse de una armonización (principalmente en el ámbito del derecho privado, el derecho de contratos y el derecho de daños), es esencial descubrir por todos los medios los conceptos, principios y soluciones comunes entre los distintos sistemas nacionales de los Estados miembros, lo que supone una importante tarea investigadora de derecho comparado que debe realizarse. Sólo entonces podrá construirse un *ius commune*, que no se considere un cuerpo extraño inserto en los distintos sistemas nacionales. Según el autor, una codificación completa de áreas esenciales del derecho no puede alcanzarse, por razones de fundamento legal y de legitimación democrática, más que por medio de un tratado multilateral, en cuya preparación participen expertos de todos los países miembros, siguiendo las directivas señaladas por las asambleas parlamentarias europeas y nacionales y consultando a representantes de los grupos inte-

resados. Una vez ratificado el Tratado, por ejemplo por la mitad de los Estados miembros, la codificación que contiene podría entrar en vigor en los Estados que lo hubieren ratificado. Con el fin de garantizar cierta uniformidad en su aplicación, el Tratado debería establecer un procedimiento ante una jurisdicción comunitaria ya existente y de nueva creación. (I. G. P.)

GHESTIN Y OTROS: «Droit des obligations. Chronique d'actualité», *SJ*, 2001, núm. 50, I-370.

Introducción al derecho de los contratos. La formación de los contratos y sus efectos. (R. A. R.)

GIANOLA, A.: «La donazione di fare», *RDC*, 2001, núm. 3, parte prima, pp. 385-398.

Análisis del régimen jurídico de la donación: objeto, normativa típica, efectos de la promesa de donar y relación con contratos gratuitos típicos. (M. R. D. R.)

GRASSI, U.: «L'espromissione. Considerazioni sulle eccezioni opponibili dall'espromittente», *GC*, 2001, núm. 9, pp. 411-420.

Análisis de la figura de la expromisión y las excepciones oponibles: personales y reales. Incumplimiento y peligro en mora, tutela del sinalagma. (M. R. D. R.)

GUERDER, P./TOURNAFOND, O.: «De la faute à la théorie du risque: l'exemple de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs», *RDS*, 2001, núm. 35, 1er. cah., jur., pp. 2851-2861.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección segunda, de 10 de mayo de 2001. (I. S. P.)

HENDERSON, J. A. / TWERSKI, A.: «Drugs Designs Are Different», *Yale L. J.*, 2001, vol. 111 (1), pp. 151-181.

Los *reporters* del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* explican el criterio adoptado por la nueva versión del *Restatement* para apreciar la existencia de un defecto de diseño en medicamentos. La regla general para los defectos de diseño se encuentra en la sección 2(b) del nuevo *Restatement*, que considera que un diseño es defectuoso si «los riesgos previsibles de daño derivados de un producto podían haberse reducido o evitado mediante la adopción de un diseño alternativo razonable». Sin embargo, los medicamentos se someten a una regla especial: según la sección 8(c), un medicamento tiene un defecto de diseño si sus riesgos previsibles «son tan grandes respecto de los beneficios terapéuticos previsibles que un experto sanitario diligente, conociendo los riesgos y beneficios terapéuticos previsibles, no prescribiría el medicamento a ningún tipo de paciente». Henderson y Twerski defienden las razones sobre las que se sostiene esa excepción y responden a las críticas que algunos sectores doctrinales han formulado al hecho de no mantener la regla general para todo tipo de productos. (J. S. F.)

HOWARTH, D.: «Three Forms of Responsibility: On the Relationship between Tort Law and the Welfare State», *Cambridge L. J.*, noviembre 2001, vol. 60, pp. 553-579.

¿Por qué debe existir la responsabilidad civil si la víctima ya ve compensados sus daños a través de la protección social? La razón es que, en mayor o en menor medida, todos los instrumentos de la «responsabilidad *colectiva*» no son sino instrumentos para repartir la carga que pesa sobre el responsable, especialmente cuando es imposible, muy difícil o demasiado costoso determinarlo. Por eso la hipotética supresión de la responsabilidad civil –aparte de otras consecuencias nefastas en términos simbólicos y de prevención– supondría destruir el verdadero fundamento de la protección social. De ahí que sea consecuente defender que el Estado puede repetir contra el causante del accidente (o contra el asegurador de su responsabilidad civil) aún cuando tenga el deber de atender a las víctimas. (J. R. I.)

INCHINGOLO, E.: «Prescrizione breve del diritto di garanzia dell'assicurato e responsabilità per mala gestio dell'assicuratore», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 524-529.

La prescripción en el seguro de responsabilidad civil. (Alma R. G.)

JACQUIN, A.: «Quelques réflexions à propos de l'amiante dans les rapports bailleurs-locataires», *GP*, 2001, núms. 220-221, pp. 9-13.

Obligaciones de las partes y consecuencias en caso de vicios ocultos. (I. S. P.)

JACQUIN, A.: «Codification du décret: l'erreur est-elle créatrice de droit?», *GP*, 2001, núms. 220-221, pp. 14-26.

Codificación del decreto de 30 de septiembre de 1953 por la ordenanza núms. 2000-912 de 18 de septiembre de 2000, con modificación de algunos preceptos. (R. A. R.)

KALANTARIAN, E.: «Les vices apparents», *GP*, 2001, núms. 175-177, pp. 10-12.

Los vicios aparentes en la compraventa y su diferencia con los vicios ocultos. Vicios mixtos. (I. S. P.)

KAYSER, P.: «Responsabilité médicale du fait des produits défectueux», *RDS*, 2001, núm. 38, 1er. cah., jur., pp. 3065-3068.

Notas a la sentencia de la Corte de Justicia Europea, sección quinta, de 10 de mayo de 2001. (R. A. R.)

KENFACK, H.: «La lettre et l'esprit (à propos de Cass. com., 17 juill. 2001, relatif au délai d'information précontractuelle de l'article L. 330-3 du code de commerce)», *RDS*, 2002, núm. 7, cah. aff., chr., pp. 627-629.

La fecha a tener en cuenta para el cálculo del derecho a la información exigido por el artículo L. 330-3 del Código de comercio y el Decreto de 4 de abril de 1991 presenta dificultades. La sentencia de 17 de julio de 2001 aporta precisiones. (I. S. P.)

KREITNER, R.: «The Gift Beyond the Grave: Revisiting the Question of Consideration», *Colum. L. Rev.*, 2001, vol. 101, núm. 8, pp. 1876-1957.

La doctrina de la *consideration* ha cumplido en el *common law* funciones diversas, entre las cuales se encuentra, principalmente, la de permitir distin-

guir las promesas jurídicamente coercibles de las que no lo son. Para *Kretney*, esto conduce a un concepto de contrato donde la idea de promesa tiene una importancia excesiva, lo que supone al mismo tiempo olvidar que, en la práctica, los Tribunales suelen manejar otros criterios para decidir, por ejemplo, si una donación es válida y por lo tanto debe cumplirse. Por ello, el autor propone adoptar un nuevo concepto de contrato, como marco de cooperación entre personas, centrado en un conjunto de relaciones cuyas condiciones pueden ser reguladas por el Estado. (A. R. G.)

LACHAUD, Y.: «Causalité indirecte et faute qualifiée en responsabilité médicale après la loi du 10 juillet 2000», *GP*, 2001, núms. 250-251, pp. 10-16.

La falta penal no intencional en la ley de 2000. Definición de autor indirecto y dificultades de aplicación. La responsabilidad indirecta de los profesionales sanitarios. (R. A. R.)

LAGARDE, X.: «Forclusion biennale et crédit à la consommation. La réforme de l'article 311-37 du Code de la consommation», *SJ*, 2002, núm. 4, I-106.

Reforma del derecho de consumo y su coordinación en los mecanismos de represión de cláusulas abusivas. (I. S. P.)

LANG, V.: «Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung», *AcP*, 2001, pp. 453-579.

De nuevo sobre el Derecho de los profesionales, deberes profesionales y responsabilidad profesional, como categoría propia de existencia discutida, en la que se mezclan aspectos del Derecho contractual, extracontractual y los cuasicontatos. Se trata de supuestos en los que existe la confianza de una persona en la competencia y pericia técnica del profesional que, por otra parte, ha sido generalmente suscitada por las manifestaciones del propio interesado. (I. G. P.)

LAPPARENT, C. G.: «La garantie de paiement de l'article 1799-1 du Code civil», *GP*, 2001, núms. 175-177, pp. 13-24.

Estudio sobre el artículo 1799, 1.º del Código civil francés, su campo de aplicación; naturaleza jurídica de los trabajos a que hace referencia; garantía de pago; formas de garantía previstas; sanciones por no garantizar el pago. (R. A. R.)

LAROCCA, G.: «Ancora su anatocismo, usi e contratti bancari», *FI*, 2001, núms. 7-8, pp. 2361-2365.

Intereses debidos por el cliente a la entidad bancaria. (Alma R. G.)

LE BARS, B.: «La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime», *RDS*, 2002, núm. 4, cah. aff., chr., pp. 381-387.

La jurisprudencia reciente considera que un acreedor resuelva con cantidades económicas el interés legítimo que puede ver su responsabilidad frente a tercero por la ruptura de la relación contractual. Una doble evolución resulta de esta concepción del derecho a la resolución unilateral. (R. A. R.)

LEPROUX, A.: «In tema di responsabilità individuale e collettiva degli amministratori di società di capitali», *RDC*, 2001, núm. 4, parte prima, pp. 423-462.

Comentario acerca del proyecto de ley de 26 de mayo de 2000 para la reforma del derecho societario, con especial incidencia en el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedad de capital. (*M. R. D. R.*)

Loos, M. B. M.: «Towards a European Law of Service Contracts», *ERPL*, vol. 9, 2001, núm. 4, pp. 565-574.

La importancia de los servicios en la moderna economía es incuestionable. Sin embargo, hasta el momento, tanto en el ámbito interno como en el europeo carecemos de un marco legal coherente aplicable a los contratos de servicios. La ausencia de reglas generales dificulta el tratamiento satisfactorio de nuevos tipos de contratos. El régimen jurídico de los servicios se ofrece como una suma de reglas particulares de casos específicos, a veces divergentes. El autor considera que un estudio funcional de las relaciones de servicio es necesario para alcanzar un Derecho de servicios uniforme y coherente. (*I. G. P.*)

LORDI, A.: «Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella subcontrattazione: profili comparativi», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 717-735.

Remedios existentes en los ordenamientos italiano y comunitario frente a los retrasos del pago en las transacciones comerciales. (*Alma R. G.*)

LUCAS, O.: «La convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile», *SJ*, 2002, núm. 6, I-11.

Incluso si a priori los derechos garantizados por el Derecho europeo de los derechos del hombre no se imponen en cada uno de los estados contratantes, la idea de que las disposiciones del Tratado prevén es obligar a los individuos, residentes en los Estados. (*I. S. P.*)

MARINI, PH./FAGES, F.: «La réforme de la clause compromissoire», *RDS*, 2001, núm. 32, chr., pp. 2658-2664. (*R. A. R.*)

MARTIN, D. R.: «Du changement de contractant», *RDS*, 2001, núm. 38, 1er. cah., chr., pp. 3144-3147. (*I. S. P.*)

MARTINY, D.: «Ausländerdiskriminierung und Vertragsabschluss», *ZEuP*, 2001, pp. 563-584.

Discriminación de extranjeros y celebración del contrato. El autor analiza de un lado los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y el principio reflejado en el artículo 12 del Tratado, en cuanto pueda entrar en conflicto con uno de los principios de la libertad contractual, cual es el de elegir a la contraparte. El autor analiza algunos de los instrumentos que pueden y deben utilizarse para luchar contra las diferencias de trato basadas en la pertenencia a uno u otro Estado, tanto de Derecho público como de Derecho privado. La segunda parte del trabajo expone el Derecho comunitario y su eficacia en este ámbito, y algunas de las normas existentes al respecto en países de la Unión. La prohibición general de discriminación del artículo 12 del Tratado debe alcanzar también a las relaciones inter-privados. (*I. G. P.*)

MATHIEU-IZORCHE, M. L.: «Obligations du médecin: informer, ou convaincre?», *RDS*, 2001, núm. 44, 1er. cah., jur., pp. 3550-3563.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 18 de enero de 2000. (R. A. R.)

MAZEAUD, D.: «L'influence de l'erreur excusable», *RDS*, 2001, núm. 33, 1er. cah., jur., pp. 2702-2705.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección tercera, de 21 de febrero de 2001. (I. S. P.)

MEESE, A. J.: «The Externality of Victim Care», *U. Chi. L. Rev.*, 2001, vol. 68, núm. 4, pp. 1201-1234.

El artículo critica la opinión dominante entre los especialistas del Análisis Económico del Derecho según la cual, en términos globales, los sistemas de responsabilidad por culpa y los de responsabilidad objetiva con la admisión de la defensa de la culpa de la víctima (*contributory negligence*) incentivan a ambas partes, causante y víctima del daño, a ejercer la diligencia óptima y la actividad adecuada. Meese opina que ese planteamiento es incorrecto porque no tiene en cuenta la dificultad de internalizar los costes de la diligencia de la víctima; no tiene en cuenta que los costes conjuntos de la diligencia de la víctima y del causante del daño en el marco de una determinada actividad pueden ser mayores que sus beneficios. (J. S. F.)

MÉMETEAU, G.: «Des médecins qui avaient peur du droit...», *GP*, 2001, núms. 250-251, pp. 3-9.

La llamada medicina defensiva y las elecciones terapéuticas. La información jurídica de los médicos y su deber de información. (R. A. R.)

MICKLITZ, H. W.: «La nozione di consumatore nel § 13 BGB», *RDC*, 2001, núm. 5, parte prima, pp. 623-644.

Reflexiones acerca de la reciente introducción de la tutela de los intereses de los consumidores en el Código civil alemán, a través del artículo 13, y sus efectos en el Derecho alemán. (M. R. D. R.)

MITCHELL, P.: «The Development of Quality Obligations in Sale of Goods», *L.Q.R.*, 2001, vol. 117, pp. 645-663.

Análisis del marco histórico en que se aprobó la *Sale of Goods Act 1893*. El autor considera que la mencionada ley aún es aplicable y que los antecedentes históricos pueden ayudar a una mejor interpretación de sus términos. (M. V. V.)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Responsabilità civile e *mobbing*», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1107-1123.

El daño por *mobbing*. La tutela de los trabajadores ante las persecuciones psicológicas en su puesto de trabajo. (Alma R. G.)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Trasferimento di un immobile in cambio di assistenza: interessi dei contraenti e qualificazione del contratto- nota a Trib. Trani 14 febbraio 2000», *GC*, 2001, núms. 7-8, pp. 1967-1973. (M. R. D. R.)

MOSCATTI, M. A.: «Un caso singolare di costituzione in mora della p. a. in un contratto di somministrazione», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 345-350.

Mora de la Administración pública en los contratos que celebra con particulares. (Alma R. G.)

NIGLIA, L.: «The Non-Europeanisation of Private Law», *ERPL*, vol. 9, 2001, núm. 4, pp. 575-599.

El artículo pone de relieve que los intentos de armonizar el Derecho privado europeo a través de las Directivas ha fracasado, pues en general no han sido aplicadas por los Jueces de los países miembros. En algunos casos se tiene en cuenta su existencia, pero el caso se resuelve aplicando normas nacionales ya existentes; en otras simplemente no se aplican. Una de las razones se encuentra en la colaboración existente entre los distintos operadores jurídicos; se subraya que la investigación jurídica no puede centrar su atención en los distintos caminos para lograr la armonización europea y al mismo tiempo descuidar el análisis del impacto que la legislación comunitaria tiene sobre las estructuras jurídicas nacionales. (I. G. P.)

NOTE: «Tortious Interference and the Law of Contract. The Case for Specific Performance Revisited», *Yale L. J.*, 2001, vol. 111, núm. 3, pp. 735-760.

El supuesto en que un tercero induce a una de las partes contractuales para que incumpla un contrato se trata en el *common law* como un caso de *tort*. Frente a ello, la nota defiende que la solución puede encontrarse dentro del propio Derecho de contratos. Para conseguirlo habría que reconocer que el remedio general frente al incumplimiento contractual no es —en contra de la regla generalmente admitida— la acción de daños, sino la de cumplimiento específico. Así, la acción de *tort* sólo podría utilizarse cuando dicho cumplimiento fuese imposible. (A. R. G.)

PAGLIANTINI, S.: «La sopravvivenza del contratto principale all'invalidità dell'opzione», *RDC*, 2001, núm. 2, parte segunda, pp. 105-170.

Ánalisis de la naturaleza jurídica de la opción y el carácter autónomo de la opción respecto al contrato principal, con especial reflexión acerca de la posible supervivencia de la opción ante la invalidez del contrato principal. (M. R. D. R.)

PARADINO, M. L.: «La responsabilità medica: dal torto al contratto», *RDC*, 2001, núm. 3, parte prima, pp. 325-352.

Ánalisis del fundamento de la responsabilidad médica: obligación de medios o de resultado, de protección o de prestación, y reflexión sobre el deber de información al paciente, de consensuar el tratamiento médico. Daños resarcibles. (M. R. D. R.)

PATTI, S.: «*Probatio e praesumptio*: attualità di un'antica contrapposizione», *RDC*, 2001, núm. 4, parte prima, pp. 475-492.

Ánalisis de las presunciones absolutas y relativas como medio de prueba: tipos y efectos. (M. R. D. R.)

PEISSE, M.: «Vente par transfert de propriété et transfert de risques», *GP*, 2001, núms. 175-177, pp. 29-34.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 11 de octubre de 2000, sobre venta de inmueble en construcción. (R. A. R.)

POSCH, W.: «Europäisches Produkthaftungsrecht vor nationalen Gerichten», *ZEuP*, 2001, pp. 595-603.

En el artículo se expone brevemente la repercusión que la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos ha tenido en los distintos países de la Unión. Las respectivas leyes nacionales ofrecen divergencias y su aplicación jurisprudencial es irregular. El autor ofrece con mayor detalle la situación al respecto en Austria y las razones del relativamente elevado número de decisiones sobre la materia, que en modo alguno, señala el autor pueden imputarse a que en Austria existan más productos defectuosos que en otros países, ni a que la sociedad austriaca sea una «litigious society». (I. G. P.)

QUADRI, R.: «Nullità e tutela del contraente débole», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1143-1198.

Contratante débil, entre ineffectuacía y nulidad. La ineffectuacía de las cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. Legitimación para solicitar la ineffectuacía de tales cláusulas. Los recientes desarrollos de la legislación italiana en materia de tutela del contratante débil. (Alma R. G.)

RICCI, A.: «Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 987-1013.

Los principios fundamentales de la economía de mercado. Recepción de los principios liberales en el ordenamiento italiano. El error sobre el valor como obstáculo al perfecto funcionamiento del mercado. La posición doctrinal y jurisprudencial al respecto. Error sobre el valor y buena fe contractual. Derecho comparado. (Alma R. G.)

RICCIO, A.: «Un *obiter dictum* della Cassazione in materia di clausole penali», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 550-553.

Acerca de la sustitución judicial de oficio de la pena manifiestamente excesiva. (Alma R. G.)

RIVA, I.: «Garanzia per vizi e contratto preliminare di vendita», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1019-1049.

Vicios del bien prometido en venta: la tutela del promisario adquirente. Remedio de la reducción del precio y remedio del exacto cumplimiento. (Alma R. G.)

ROOPPO, V.: «Il contratto, e le fonti del diritto», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1083-1095.

Profundización en contrato como norma. (Alma R. G.)

ROULET, V.: «Le boucher et la viande “defectueuse”: une application des nouveaux articles 1386-1 et suivants du code civil», *GP*, 2001, núms. 241-242, pp. 11-17.

Notas a la sentencia de la corte de Toulouse, sección tercera, de 22 de febrero de 2000 sobre responsabilidad por daños causados como consecuencia de la carne en mal estado. (I. S. P.)

ROULET, V.: «Sous-traitance "occulte": absence d'obligation d'information du sous-traitant envers le maître d'ouvrage», *GP*, 2001, núms. 280-282, pp. 10-13.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación de 5 de diciembre de 2000. Obligación de información y consecuencias de las irregularidades. (R. A. R.)

RUSSO, C. H.: «L'avance sur recours, une solution à l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux?», *RDS*, 2001, núm. 40, 1er. cah., chr., pp. 3211-3217. (I. S. P.)

SAINT-GERAND, V.: «Autour de la répétition de l'indu», *RDS*, 2001, núm. 38, cah. aff., jur., pp. 3113-3117.

Notas a la sentencia de la Corte de casación comercial de 13 de marzo de 2001. (R. A. R.)

SALVADOR CODERCH, P.: «Punitive Damages and Continental Law», *ZEuP*, 2001, pp. 604-616.

Daños «punitivos» y Derecho continental. La idea de «punitive damages» procede del *Common Law*, de origen inglés, y se formula por Prosser como la indemnización que se concede por encima de la idea de compensación por los daños sufridos, con la finalidad de castigar al demandado, enseñarle para que no vuelva a hacerlo y desincentivar a otros para que no sigan su ejemplo. En principio, los sistemas continentales de Derecho civil en general rechazan los «daños punitivos», como pena privada. En el artículo, sin embargo, se destacan que en varios países europeos existen supuestos en los que se conceden indemnizaciones que no responden a daños causados. Además, se analiza la cuestión en la práctica judicial en EE.UU., y las funciones que la institución de los «punitive damages» está llamada a cumplir. (I. G. P.)

SALVESTRONI, U.: «Sulla mancata cooperazione all'adempimento nel rapporto tra debitore e creditore divenuto incapace», *RTDPC*, 2001, núm. 2, pp. 309-320.

Ánalisis del problema de la falta de capacidad del acreedor para cumplir su deber de colaboración con el deudor en el cumplimiento de las obligaciones, y sus repercusiones en la relación contractual. (M. R. D. R.)

SANTORO, L.: «L'atto di cortesia. Irrilevanza giuridica e rilevanza sociale nel rapporto individuo-società», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 652-678.

Cortesía y gratuidad. Cortesía y liberalidad. Cortesía y solidaridad. (Alma R. G.)

SAPIO, G.: «Appunti sulla dichiarazione di nomina nel contratto per persona da nominare», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 355-363.

Profundización en la hipótesis del contrato por persona a designar. (Alma R. G.)

SCALETTARIS, P.: «La forfetizzazione del risarcimento del danno per il ritardo del rilascio dell'immobile locato davanti alla Corte costituzionale - nota a

C. cost. 9 novembre 2000 n. 482», *GC*, 2001, núm. 6, pp. 1455-1460. (M. R. D. R.)

SERVANT, P.: «L'extrême rapidité des revirements de jurisprudence en matière de responsabilité hôtelière», *RDS*, 2001, núm. 36, 1er. cah., chr., pp. 2914-2916. (I. S. P.)

SERVELLO, G.: «Risarcimento del danno da ritardato rilascio di immobile locato ad uso abitativo», *NLCC*, 2001, núms. 1-2, pp. 36-50.

Análisis de la decisión de la *Corte Cost.*, de 9 de noviembre de 2000, núm. 482, sobre resarcimiento del daño por demora en liberar la vivienda arrendada, incidiendo en la línea seguida por la precedente jurisprudencia constitucional y los problemas de aplicación de esta decisión. (M. R. D. R.)

SEVASTIO, G.: «La disciplina giuridica in materia di pubblicità nel settore dei viaggi e del turismo e profili d'intervento dell'Autorità - nota a Agcm 8 marzo 2001 n. 9300 e a Agcm 7 febbraio 2001 n. 9237», *GC*, 2001, núm. 9, pp. 2291-2294. (M. R. D. R.)

SEVERINI, F.: «Crediti assistiti da privilegio e interessi nelle procedure concorsuali», *NLCC*, 2001, núm. 5, pp. 944-956.

Análisis de la sentencia de la *Corte cost.*, de 28 de mayo de 2001, núm. 162, con referencia a la posición jurisprudencial y doctrinal sobre créditos privilegiados y su incidencia en los procesos concursales. (M. R. D. R.)

SIMLER, PH.: «Le cautionnement réel est réellement- aussi- un cautionnement», *SJ*, 2001, núm. 49, I-367.

Tras haber consagrado, tardíamente la especificidad de la garantía real, que no es otra cosa que una seguridad real constituida por tercero, con exclusión de toda obligación personal de pagar la deuda del deudor, una jurisprudencia reciente parece querer negar toda relación de la garantía, en fracaso del empleo de este término en su denominación. (R. A. R.)

SYMPOSIUM: «Symposium of the Law in the Twentieth Century», *Cal. L. Rev.*, 2000, vol. 88, núm. 6, pp. 1673-2496.

Volumen que agrupa diversas contribuciones en las que autores de reconocido prestigio reflexionan sobre la evolución en los Estados Unidos de algunos temas de Derecho público y de Derecho privado a lo largo del siglo XX. En materia de Derecho privado, son interesantes los trabajos de James Gordley sobre el derecho contractual («The Emergence of Dynamic Contract Law»), de Edward C. Halbach Jr. sobre el *trust*, de Herma Hill Kay sobre derecho de familia («From the Second Sex to the Joint Venture: An Overview of Women's Rights and Family Law in the United States During the Twentieth Century»), de Robert P. Merges sobre propiedad intelectual («One Hundred Years of Solitude: Intellectual Property Law, 1900-2000»), o de Stephen D. Sugarman sobre daño personal («A Century of Change in Personal Injury Law»). (J. S. F.)

TEBOUL, G.: «La transmission du patrimonine à titre gratuit: les nullités de la période suspecte», *GP*, 2001, núms. 283-284, pp. 5-8.

Estudio a propósito del artículo 621-107 del Código de comercio. Noción de deudor y período de sospecha. Actos a título gratuito: análisis. La acción pauliana. (I. S. P.)

TEBOUL, G.: «Les nullités facultatives de la période suspecte: décisions récentes», *GP*, 2001, núms. 357-361, pp. 7-17.

Venta de valores negociables, indemnización y otras operaciones en el período sospechoso anterior a una declaración de insolvencia económica. Nulidad. (R. A. R.)

TUOZZO, M.: «La responsabilità civile della *Consob* tra gli *obiter dicta* della Cassazione e la risarcibilità in concreto», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 953-986.

Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad aquiliana de la Administración pública. (Alma R. G.)

UGOLINI, S.: «I *Gentlemen's Agreements* sono giuridicamente vincolanti?», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1050-1078.

Reaparición de la cuestión de los *gentlemen's agreements* con la sentencia del Tribunal de *Crotone* de 5 de julio de 1999. Las prestaciones de cortesía, las obligaciones naturales, las convenciones matrimoniales, los pactos no homologados y los contratos de convivencia... (Alma R. G.)

UNBERATH, H.: «Schadensbegriff und Drittschaden –Neue Perspektiven im englischen Vertragsrecht», *ZEuP*, 2001, pp. 918-942.

Concepto de daño y daños a terceros. Nuevas perspectivas en el derecho contractual inglés. Comentario a la Decisión del «House of Lords» de 27 de julio de 2000. (I. G. P.)

VALCAVI, G.: «Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito», *RDC*, 2001, núm. 4, parte prima, pp. 409-422.

Notas sobre la relación de causalidad en los distintos supuestos de responsabilidad civil: incumplimiento contractual y acto ilícito. (M. R. D. R.)

VALENZA, F.: «La donazione indiretta tra diritto civile e diritto tributario», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 179-186.

Donación indirecta, ¿objeto de gravamen? (Alma R. G.)

VALLERY-RADOT, L./LECOMPTE, M.: «La prescription de deux ans de l'article 114-1 du code des assurances: réforme législative ou évolution jurisprudentielle?», *GP*, 2001, núms. 343-345, pp. 8-9.

Crítica doctrinal y jurisprudencial al plazo bienal previsto en el Código de seguro para las acciones de los contratos de seguro. La posición de la jurisprudencia. (I. S. P.)

VOS, G.: «Linking Chains of Causation: An Examination of New Approaches to Causation in Equity and the Common Law», *Cambridge L. J.*, 2001, vol. 60 (2), pp. 337-352.

Partiendo de la base de que la causalidad no es una simple cuestión de hecho y que el test de la *conditio sine qua non* es el más utilizado, se analiza

el estado actual de las reglas sobre causalidad. En concreto, el autor estudia las reglas aplicables a los casos de *conversion*, *fraud* e incumplimiento del deber de informar. (M. V. V.)

VV. AA: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2001, núms. 119-123, 74 pp.

Número especial sobre el arbitraje: problemas y reflexiones sobre el futuro del arbitraje; los acuerdos de protección; el sistema nacional e internacional de arbitraje; los terceros intervenientes. El arbitraje en el mundo: EE.UU., Bélgica, Holanda, España, Alemania, Italia y Suiza. (I. S. P.)

VV. AA: «Gazzette des transports», *GP*, 2001, núms. 136-137, 71 pp.

Estudios varios sobre el transporte. Indemnización a las víctimas por accidente aéreo en EE.UU. (R. A. R.)

VV. AA: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2001, núms. 318-319, 72 pp.

Estudios a propósito del arbitraje, primera parte. Arbitraje internacional; poderes de los árbitros; servicio de conciliación. La mediación como alternativa. (R. A. R.)

VV. AA: «Les cahiers de l'arbitrage», *GP*, 2001, núms. 320-321, 71 pp.

Estudios a propósito del arbitraje, segunda parte. El arbitraje en distintos países: EE.UU., Alemania, Italia, Suiza, España, Holanda, e Inglaterra. (I. S. P.)

VV. AA: «La publicité», *GP*, 2001, núms. 138-139, 88 pp.

Estudios sobre la publicidad y el Derecho. Noción de abuso en publicidad; prohibiciones nacionales; la publicidad y los consumidores; el desarrollo del márketing publicitario; etc. (I. S. P.)

WEBER, J. F./KARILA, J. P.: «Nature et régime de la responsabilité des constructeurs d'ouvrages immobilières en cas de faute dolosive», *RDS*, 2001, núm. 37, 1er. cah., jur., pp. 2995-3000.

Notas a la sentencia de la Corte de casación civil, sección tercera, de 27 de junio de 2001. (R. A. R.)

WILLIAMS, K.: «Medical Samaritans: Is There a Duty to Treat?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2001, vol. 21, núm. 3, pp. 431-458.

Rige en Derecho inglés el criterio según el cual la omisión de socorro no determina responsabilidad civil salvo que preexista entre víctima y demandado una relación especial de la que pueda derivarse un deber de éste de actuar en interés de aquélla. El artículo cuestiona la validez de los argumentos que justifican esta tesis en el supuesto de profesionales sanitarios que no proporcionan tratamiento urgente a personas que lo necesitan pero con quienes no les unía relación profesional alguna. (J. R. I.)

WITZ, C.: «Vente internationale: office du juge et pouvoir des plaideurs d'éclairer le droit uniforme», *RDS*, 2001, núm. 44, cah., aff., jur. pp. 3607-3614.

Notas a las sentencias de la corte de casación civil, sección primera, de 26 de junio de 2001. (I. S. P.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AGOSTINI, E.: «Nom cadastral et marques vinicoles», *RDS*, 2001, núm. 40, cah. aff., jur., pp. 3266-3271.

Notas a la sentencia de la Corte de apelación de Burdeos, sección primera A, de 5 de julio de 2001. (*I. S. P.*)

ATTOLICO, L.: «La durata massima della cessione dei diritti di riproduzione a mezzo stampa di opera musicale», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 398-405.

Duración máxima de acuerdo con la ley italiana de las cesiones de los derechos de disfrute económico de una obra musical. (*Alma R. G.*)

BLUMBERG-MOKRI, M.: «Brevet européen, brevet communautaire: du brevet national au brevet régional», *GP*, 2001, núms. 294-296, pp. 2-5.

Estudio a propósito del artículo 2 del Tratado de Niza y su idea de crear un Tribunal especializado en materia de propiedad industrial. Una jurisdicción comunitaria para dar seguridad jurídica. (*R. A. R.*)

BONELLI, G.: «La natura e il regime giuridico del videoclip», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 301-314.

El videoclip como obra del ingenio. (*Alma R. G.*)

CALVARI, F.: «Sulla risarcibilità del pregiudizio subito dal terzo acquirente di un bene ipotecato sottoposto ad esecuzione forzata», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 422-427.

Daño sufrido por el adquirente de un bien hipotecado. (*Alma R. G.*)

CARON, CH.: «Les droits de l'homme réconcilés avec le droit d'auteur», *RDS*, 2001, núm. 30, cah. aff., jur., pp. 2504-2508.

Nota a la sentencia de la corte de apelación de París, sección cuarta A, de 30 de mayo de 2001. (*I. S. P.*)

CARRIAS, P.: «Le terrain à bâtir cultivé, acte IV, ou le droit de l'expropriation déconnecté de la réalité», *RDS*, 2002, núm. 6, 1er. cah., jur., pp. 511-513.

Nota a la sentencia de la corte de casación civil, sección tercera, de 11 de julio de 2001. (*I. S. P.*)

CASSANO, G.: «Orientamento dei motori di ricerca, concorrenza sleale e *Meta-Tag*», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 4, pp. 435-444.

Uso desleal de los *Meta-Tag* (palabras no visibles sobre las páginas *web*). (*Alma R. G.*)

CHIMENTI, L.: «Articoli di giornali nella tutela del diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 369-382.

Tutela del derecho de autor en los periódicos y en las revistas y tutela del derecho de reproducción. (*Alma R. G.*)

CLARA, J.: «Copropriété, difficultés, incertitudes, vides juridiques», *GP*, 2001, núms. 234-235, pp. 2-16.

Problemas con la nueva regulación en materia de copropietarios a raíz de la *Loi SRU* de 13 de diciembre de 2000: la contabilidad; presentación de cuentas anuales; organización de las mayorías, lagunas de normativa. (R. A. R.)

DALLE VEDOVE, G. P.: «Dal modello ornamentale all'industrial design», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 334-347.

Diseño o modelo y derecho de autor. (Alma R. G.)

DE MAREZ, D./MICHALOPOULOS, G./SÁNCHEZ JORDÁN, E.: «Comentario a "Cour de Cassation, 12.11.98, Les pouvoirs et les obligations – de l'usufrutier"», *ERPL*, 2001, vol. 9, núm. 4, pp. 610-634.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación relativa a derechos y obligaciones del usufructuario de valores mobiliarios, con un estudio del estado de la cuestión en los Derechos belga, griego y español. (I. G. P.)

DERIEUX, E.: «Numerique et droit d'auteur», *SJ*, 2001, núm. 41, chr., pp. I-353.

El deseo o sentimiento del acceso libre a las obras provocado por la evolución de las técnicas y de sus usos, es, paradójicamente, reforzada por los medios mismos para asegurar, a los titulares del derecho, una mínima especulación financiera. (I. S. P.)

DESROUSSEAU, G./LAMOUREUX, G.: «Logiciels, "Business Methods": évolution de la pratique de l'office européen des brevets», *GP*, 2001, núms. 311-312, pp. 10-15.

Protección jurídica de programas de ordenador. Situación anterior basada en la contribución al estado de la ciencia y la nueva situación con las decisiones T. 1173/97 y 1194/97. (R. A. R.)

ERCOLANI, S.: «Il disegno industriale tra brevetto/registrazione e diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 4, pp. 445-453

La tutela jurídica del diseño industrial. (Alma R. G.)

FABIANI, M.: «Rivoluzione nella protezione dell'arte applicata e del disegno industriale», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 2, pp. 185-190.

Requisitos para la tutela, como objeto del derecho de autor, de la obra de diseño industrial. (Alma R. G.)

FABIANI, M.: «Diritti di autore e accesso a Internet», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 267-275.

Derecho de autor en las nuevas tecnologías. (Alma R. G.)

FERRAGUTO, A.: «La disciplina impositiva dei redditi derivanti dalla cessione delle opere tutelate dalla legge 22 aprile 1941, n. 633», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 2, pp. 199-212.

El régimen fiscal en el derecho de propiedad intelectual. (Alma R. G.)

FITTANTE, A.: «La tutela giuridica dell' *industrial design* il recepimento della Direttiva 98/71/CE», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 2, pp. 165-184.

Hacia una tutela comunitaria del diseño. (*Alma R. G.*)

FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo, 14.ª serie», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 2, pp. 155-164.

De nuevo sobre las interrupciones publicitarias. Las obligaciones del distribuidor del film. (*Alma R. G.*)

GALLI, C.: «L'attuazione della direttiva comunitaria sulla protezione di disegni e modelli», *NLCC*, 2001, núm. 5, pp. 883-908.

Análisis del d. lgs. de 7 de febrero de 2001, núm. 95, sobre la incidencia de la directiva comunitaria sobre propiedad de marcas y patentes: requisitos de validez de los modelos, ámbito y duración de la protección; relación con la propiedad intelectual; problemas de derecho transitorio y especialidades en torno a la necesidad o no de constancia registral. (*M. R. D. R.*)

GATTI, M.: «Sulla posizione del terzo acquirente della res pignorata - nota a Cass. 26 settembre 2000 n. 12762», *GC*, 2001, núm. 5, pp. 1311-1314. (*M. R. D. R.*)

GAUMONT-PRAT, H.: «Les tribulations en France de la directive núm. 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques», *RDS*, 2001, núm. 35, cah. aff., chr., pp. 2882-2889. (*I. S. P.*)

GHIDINI, G.: «Intellectual property on communication standards balancing innovation and competition through the essential facilities doctrine», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 315-333.

Propiedad intelectual y *cyberspazio*. (*Alma R. G.*)

GRIDEL, J. P.: «Article 2279 du code civil. La bonne foi de l'acquéreur a non domino s'apprécie au moment de sa mise effective en possession», *RDS*, 2002, núm. 8, 1er. cah., jur., pp. 671-673.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 27 de noviembre de 2001. (*R. A. R.*)

HUILLIER, J.: «Le parasitisme parasite-il la propriété intellectuelle?», *GP*, 2001, núms. 311-312, pp. 6-9.

Estudio a propósito de varios asuntos judiciales en materia de competencia desleal entre empresas. Excepciones legales al parasitismo y el artículo 713.5 del Código de propiedad intelectual. Los daños causados. (*I. S. P.*)

KAMINA, P.: «Le nouveau droit des dessins et modèles», *RDS*, 2001, núm. 40, cah. aff., chr., pp. 3258-3265. (*R. A. R.*)

LATREILLE, A.: «L'appropriation des photographies d'oeuvres d'art: éléments d'une réflexión sur un objet de droit d'auteur», *RDS*, 2002, núm. 3, cah. aff., chr., pp. 299-306.

Las fotografías son potencialmente obras del espíritu. A este efecto, el autor reivindica un derecho de autor y un monopolio de explotación. La pro-

tección no se adquiere *a priori*. El cliché debe todavía demostrar la creación original del operador. Es en la reproducción cuando la fotografía se afianza en esta dimensión. (I. S. P.)

MENOZZI, L.: «Il mantello di Arlecchino», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 276-300.

El derecho de autor en el vértice de la celeridad legislativa. (*Alma R. G.*)

MERRILL, T. W./SMITH, H.: «What Happened to Property in Law and Economics», *Yale L. J.*, 2001, vol. 111, pp. 357-398.

La noción de *derechos de propiedad* es básica en el análisis económico del derecho. Pero esa idea ha llegado a desdibujar completamente la noción de propiedad entendida como *ius in rem*. Con ello se olvida que posee un gran potencial para explicar problemas esenciales del Derecho privado en una economía de mercado. (J. R. I.)

MULLER, F.: «La tutela del diritto di autore su Internet», *Dir. Aut.*, 2001, núm. 3, pp. 348-368.

Los actos de utilización de obras en Internet relevantes para la propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

PRADI, A.: «Immissioni», *RDC*, 2001, núm. 2, parte seconda, pp. 227-243.

Síntesis informativa sobre el problema de las inmisiones: naturaleza de la actividad inmisiva, criterios de ilegitimidad, pretensión resarcitoria del daño, y delimitación competencial entre el Derecho público y privado. (M. R. D. R.)

PREUSS, N.: «Die Vormerkbarkeit künftiger und bedingter Ansprüche», *AcP*, 2001, pp. 580-621.

El § 883.1, segundo inciso, permite la práctica de una anotación preventiva para la seguridad de una pretensión futura o de una pretensión condicional. El autor analiza sus presupuestos y efectos. (I. G. P.)

REMIEN, O.: «Vindikationsverjährung und Eigentumsschutz», *AcP*, 2001, pp. 730-756.

Prescripción de la acción reivindicatoria y protección del dominio. (I. G. P.)

ROGOWIECZ, R./VIDAL, PH.: «La garantie autonome souscrite par un particulier», *GP*, 2001, núms. 278-279, pp. 2-7.

La suscripción de la garantía autónoma por un particular: particularismo de la garantía. Autonomía de ésta y autonomía de la voluntad. Condiciones de validez y su puesta en práctica. (R. A. R.)

ROLI, R.: «Quando la massima travisa la ratio decidendi: è, dunque, inammissibile l'atto unilaterale, ricognitivo, con effetti traslativi», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 525-540.

Inadmisión de actos unilaterales atípicos con efectos traslativos. (*Alma R. G.*)

RUBIN, A.: «Are You Experienced? The Copyright Implications of Web Site Modification Technology», *Cal. L. Rev.*, 2001, vol. 89, núm. 3, pp. 817-850.

Hasta hace poco tiempo, los usuarios de páginas *web* las veían tal y como las habían creado sus autores. Sin embargo, las nuevas tecnologías permiten ahora que cualquier persona altere el modo en que dichas páginas aparecen en la pantalla de su ordenador. Por ejemplo, hay programas informáticos que suprimen automáticamente los anuncios publicitarios conocidos como *banners*, o con los que se pueden añadir comentarios sobre las mismas para que los vean otras personas. *Rubin* entiende que los Tribunales deben ser cautelosos a la hora de proteger los derechos de propiedad intelectual en estos casos. A su juicio, el principal objetivo de estos derechos es promover el progreso del conocimiento y el aprendizaje, lo cual sería muy difícil si se hiciese responder a quienes utilizan estas tecnologías. (A. R. G.)

TALON, D.: «Le droit de la rétractation en matière de vente immobilière», *GP*, 2001, núms. 192-193, pp. 2-5.

Protección del adquirente de un inmueble mediante el derecho de retracto o bien mediante otras vías. Ventas por adjudicación. (I. S. P.)

TAORMINA, G.: «De l'annulation et de la nullité de plein droit du jugement d'adjudication rendu en matière de saisie immobilière», *RDS*, 2001, núm. 44, 1er. cah., chr., pp. 3554-3558. (R. A. R.)

TRIOLA, R.: «Sulla natura giuridica della limitazione dei poteri dei condomini disposta dal regolamento contrattuale - osservazione a Cass. 5 settembre 2000 n. 11684», *GC*, 2001, núm. 5, pp. 1317-1318. (M. R. D. R.)

VANZETTI, A. Y OTROS: «Disposizioni in materia di marchi d'impresa per l'applicazione del protocolo relativo all'intesa di Madrid sulla registrazione internazionale dei marchi», *NLCC*, 2001, núm. 5, pp. 1016-1019.

Comentario del d. lgs. de 8 de octubre de 1999, núm. 447, acerca de las reformas a introducir por el Protocolo de Madrid en el sistema de registro internacional de marcas, que modifica el rd.d. de 21 de junio de 1942, núm. 929 y d.lgs. de 19 de marzo de 1996, núm. 198. (M. R. D. R.)

VIOTTI, G.: «La multiproprietà: un nuovo diritto reale», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 537-542.

Derecho de goce por breve período de tiempo sobre los inmuebles: la línea de una nueva disciplina. (Alma R. G.)

VV. AA: «Spécial jurisprudence en matière de propriété industrielle et intellectuelle», *GP*, 2001, núms. 213-214, 55 pp.

Notas a diversas sentencias de los tribunales franceses en materia de propiedad intelectual e industrial. (R. A. R.)

DERECHO DE FAMILIA

AUBERT DE VINCENNES, C.: «L'imputation des libéralités sur l'usufruit du conjoint survivant», *RDS*, 2001, núm. 44, 1er. cah., jur., pp. 3566-3570.

Notas a la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 6 de febrero de 2001. (*I. S. P.*)

BARTOLINI, R.: «La fecondazione artificiale: l'orientamento giurisprudenziale dall'applicazione del diritto vigente alla creazione di un diritto vivente a tutela del minore», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 215-227.

La fecundación artificial a la luz del interés del menor. (*Alma R. G.*)

BOCCHINI, F.: «Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari», *RDC*, 2001, núm. 4, parte prima, pp. 431-454.

Ánalisis de los pactos familiares y entre los cónyuges y la protección de las posiciones familiares débiles, con especial incidencia en los pactos de atribución de carácter privativo o ganancial de los bienes. (*M. R. D. R.*)

BOULANGER, F.: «Au sujet de la réforme française du divorce: la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs», *RDS*, 2002, núm. 7, 1er. cah., chr., pp. 590-592.

La propuesta francesa de reforma de la Ley de divorcio se inscribe dentro de una evolución general de los derechos europeos sobre la supresión de culpas como causa propia y extensión de la noción de divorcio ruptura. (*R. A. R.*)

CAHEN, M.: «Pour une convention prénuptiale», *GP*, 2001, núms. 199-200, pp. 18-19.

Acuerdos prematrimoniales para evitar los conflictos jurídicos que se plantean tras la separación y el divorcio entre los cónyuges. (*I. S. P.*)

CANOVA, L.: «Possibili evoluzioni psicopatologiche nei bambini nati con la procreazione artificiale», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 669-676.

La procreación artificial: perspectiva jurídica, psicosociológica y médico-legal. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo Millennio», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1160-1183.

Contraste entre la actual normativa del derecho de familia y la nueva realidad social. (*Alma R. G.*)

CENTINEO CAVARRETA, G.: «La mediazione familiare nell'esperienza inglese: spunti per una riflessione comparatistica», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1271-1299.

Introducción de la figura de la mediación familiar en la *Family Law Act* 1996-1999: instrumento alternativo a la resolución judicial de las controversias familiares (*Alternative dispute Resolution*). (*Alma R. G.*)

COLUCCI, R.: «Come la giurisprudenza vanifica gli obblighi economici nell'ambito della famiglia», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1088-1095.

Problemas acerca de la pensión debida por uno de los cónyuges para el mantenimiento del hijo y del otro cónyuge tras la crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

CURTI, G.: «Alloggi in cooperativa, donazioni indirette e comunione legale: fattispecie insolite tra principi consolidati ed eccezioni configurabili», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 938-956.

Donación indirecta: ¿liberalidad o adquisición ganancial? (*Alma R. G.*)

D'ALESSANDRO, E.: «Sulla giurisdizione nel caso di domanda di un coniuge di scioglimento del matrimonio proposta davanti al giudice italiano e successivamente, da parte dell'altro coniuge, davanti al giudice tedesco - osservazione a Cass., sez. Un., 8 febbraio 2001 n. 47», *GC*, 2001, núm. 6, pp. 1547-1548. (*M. R. D. R.*)

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F.: «PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé», *RTDC*, 2001, núm. 3, pp. 529-546.

Estudio de los pactos de solidaridad en relación con las parejas de hecho y heterosexuales, como contratos especiales. (*R. A. R.*)

EISFELD, J.: «Rechtspolitische und verfassungsrechtliche probleme des Ehe-aufhebungsgrundes der Scheinehe», *AcP*, 2001, pp. 662-696.

El 1 de julio de 1998 entró en vigor la ley sobre celebración del matrimonio que ofrece una nueva regulación relativa a aquellos supuestos en los que los contrayentes declaran un consentimiento matrimonial aparente y contempla el posible control de tal circunstancia por el funcionario ante el cual el consentimiento matrimonial debe ser declarado. El autor analiza la nueva regulación y cuestiona su legitimidad constitucional, tanto desde el punto de vista del derecho al matrimonio que la Constitución consagra, como desde la perspectiva de la protección del derecho general de la personalidad. Considera que las reformas introducidas son un error del legislador que no ha tomado en consideración el debate existente en la doctrina sobre el matrimonio simulado; sus medidas recuerdan a las normas del tercer Reich y además, son contrarias a la Constitución (*I. G. P.*)

FERTAL, J.: «Le nouveau statut successoral du conjoint successible», *GP*, 2001, núms. 180-181, pp. 22-25.

El cónyuge sucesor y los herederos legítimos: relaciones jurídicas entre ellos y otros descendientes. Relación entre el cónyuge sobreviviente y el hijo adulterino. (*I. S. P.*)

FINELLI, W.: «Sul difficile rapporto tra donazione indiretta e comunione legale dei beni», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 274-279.

El bien adquirido por uno solo de los cónyuges bajo el régimen de comunión de bienes, con dinero de un tercero, ¿es objeto de donación indirecta y no entra en el patrimonio común? (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, M.: «Sentenza di divorzio, delibazione della pronunzia ecclesiastica di nullità di quel matrimonio e [inesistenza di] giustificati motivi per la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno periodico - nota a Cass. 23 marzo 2001 n. 4202», *GC*, 2001, núm. 6, pp. 1482-1486. (M. R. D. R.)

FLOUR, Y.: «Rapport Dekeuwer an I: Les projets de réforme du droit de la famille», *GP*, 2001, núms. 243-247, pp. 3-6.

El papel del Derecho en la familia y sus implicaciones ideológicas. La desinstitucionalización de la familia por el declive del matrimonio. La responsabilidad de los padres respecto de los hijos. (R. A. R.)

GALOPPINI, A.: «Interesse del minore e riconoscimento cd. tardivo da parte del genitore musulmano», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 536-543.

El interés del menor en el reconocimiento de la paternidad tardío. Diversidad religiosa de los padres en relación con el interés del menor. El caso del padre musulmán. (Alma R. G.)

GANANCIA, D.: «Enfin un divorce du XXIè. siècle», *GP*, 2001, núms. 322-324, pp. 2-7.

Estudio sobre el divorcio por consentimiento mútuo en Derecho francés. La mediación familiar. (I. S. P.)

GANANCIA, D.: «Le paysage de la médiation familiale en France», *GP*, 2001, núms. 199-200, pp. 8-13.

Origen de la mediación familiar y su contexto, evolución social y jurídica. Cuadro legislativo y su práctica actual. (R. A. R.)

GANANCIA, D.: «La justice familiale dans "l'air du temps"», *GP*, 2001, núms. 143-144, pp. 3-7.

Problemas jurídicos ante la separación del matrimonio respecto de los hijos. Responsabilidad de los padres y mediación familiar. Supresión del divorcio por culpa. La patria potestad conjunta como lo mejor para los hijos. (I. S. P.)

GIACOPPELLI-MORI, M.: «L'autonomie de la volonté dans les conventions entre époux divorcés», *RTDC*, 2001, núm. 3, pp. 505-528.

Existe una curiosa paradoja que se tiende a liberalizar poco a poco los divorcios consensuados pero la realidad jurisprudencial muestra que las soluciones son judiciales no convencionales. (R. A. R.)

GORINI, M.: «Convivenza *more uxorio* e sua incidenza sugli assegni di separazione e di divorzio», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 393-400.

Atribuciones patrimoniales de un conviviente a favor de otro. (Alma R. G.)

GOUTTENOIRE-CORNUT, A./RUBI-CAVAGNA, E.: «Le majeur sous curatelle et la procédure pénale», *RDS*, 2002, núm. 4, 1er. cah., jur., pp. 353-358.

Nota a la sentencia de la Corte Europea de Derechos humanos de 30 de enero de 2001. (I. S. P.)

- GRANET, F.: «La maternité en questions: état d'alerte», *RDS*, 2001, núm. 39, 1er. cah., chr., pp. 3138-3143. (R. A. R.)
- GRILLET-PONTON, D.: «Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité. Libres propos sur quelques situations atypiques», *SJ*, 2002, núm. 5, I-108. (I. S. P.)
- LIBERTI, L.: «L'assegnazione della casa familiare: un contrasto perpetuo», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 544-556.
- Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar. (*Alma R. G.*)
- MASONI, R.: «Norme processuali nella legge sul divorzio e compatibilità con il giudizio di separazione», *GC*, 2001, núm. 5, pp. 225-238.
- Competencias judiciales en los procesos de separación y divorcio. (M. R. D. R.)
- MASSIP, J.: «Irrecevabilité de la demande d'expertise sanguine en applications de l'article 369 du code civil», *GP*, 2001, núms. 283-284, pp. 11-14.
- Notas a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de *Angers* de 3 de mayo de 2001 sobre declaración de filiación. (R. A. R.)
- MAUGER-VIELPEAU, L.: «Le mariage peut-il "survivre" au transsexualisme d'un époux?», *RDS*, 2002, núm. 2, 1er. cah., jur., pp. 124-127.
- Notas a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de *Caen*, de 28 de mayo de 2001. (I. S. P.)
- MERELLO, S.: «Comunione materiale e spirituale fra i coniugi: matrimonio e divorzio», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1300-1329.
- Derechos y deberes que nacen en general del matrimonio. Aspectos espirituales, en especial el deber de fidelidad. Aspectos materiales de la convivencia marital, en particular, la asistencia y colaboración. La responsabilidad hacia terceros. Propuestas de mejora en la disciplina del divorcio. (*Alma R. G.*)
- MORANI, G.: «Potestà parentale e pronuncie dissonanti del giudice minorile nei due gradi: un contrasto (insistito) da comporre», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 1001-1029.
- Algunos problemas procesales de carácter civil relativos a la persona del menor. (*Alma R. G.*)
- MOREAU, J. F.: «Qui a peur de la médiation?», *GP*, 2001, núms. 199-200, pp. 16-17.
- Comparación entre transacción y mediación. Mediación como forma de llegar a un acuerdo equilibrado y a una mejor protección de los derechos. La mediación como un medio para llegar a acuerdos eficaces pero sin que sea el único medio de conciliación de las parejas. (R. A. R.)
- PANSIER, F. J.: «Présentation de la loi adoptée le 21 novembre 2001 sur la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adulterin», *GP*, 2001, núms. 348-349, pp. 2-4.

Derechos del cónyuge sobreviviente: derechos sucesorios, derechos de goce y derecho a una pensión. Su concurrencia con el hijo adulterino del cónyuge pre-muerto. Modernización del derecho de sucesiones en la materia. (I. S. P.)

PICCALUGA, F.: «La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della Consulta», *DFP*, 2001, núm. 3, pp. 914-923.

Remedios ante la ausencia de una adecuada protección del menor en el marco de las relaciones paterno-filiales. (*Alma R. G.*)

PULIDORI, S.: «Concessione in comodato a tempo indeterminato, da parte di entrambi i coniugi, di immobile in comunione legale, sopravvenuto giudizio di separazione personale tra i comodanti, ed inefficacia della volontà di recesso espressa da uno solo di essi», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 628-634.

Problemas que plantea el destino del comodato, otorgado por ambos cónyuges constante matrimonio, tras la crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 277-284.

Autonomía privada y poder de disposición en las relaciones familiares. (*Alma R. G.*)

RUBELLIN-DEVICHI, J.: «Après la réforme de la prestation compensatoire: le début de la réforme du divorce», *SJ*, 2001, núm. 46, actualité.

A propósito de la reforma de la prestación compensatoria: el inicio de la reforma del divorcio. El autor pretende hallar respuesta a varias preguntas sobre concubinato y bigamia de hecho. (R. A. R.)

UCCELLA, F.: «La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi», *GC*, 2001, núms. 7-8, pp. 313-343.

Proceso de elaboración del Reglamento núm. 1347 del 2000: contenido, ámbito de aplicación, causa matrimonial, responsabilidad de los padres, competencia internacional del juez, ejecutoriedad de las resoluciones judiciales, residencia habitual y secuestro de menores. (M. R. D. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

ANGELONI, F.: «Una nuova cautela successoria per il terzo millennio», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1014-1018.

Nuevas perspectivas del derecho de sucesiones. (*Alma R. G.*)

BECKER, M.: «Die Übertragung eines Personengesellschaftsanteils durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall», *AcP*, 2001, pp. 629-661.

La transmisión de la posición de socio en una sociedad personalista a través de un negocio intervivos para el caso de muerte. Estudio sobre la relación entre el § 161.1 BGB y el § 723.3 BGB. De un lado, se trata de saber si el socio que ha dispuesto bajo condición, puede frustrar el acto realizado a través del ejercicio de la facultad de denuncia que contempla el § 723.1 BGB. O si, por el contrario, ha de estimarse que el beneficiario del acto de disposición se encuentra protegido por el § 161.1 BGB, conforme al cual si alguien ha dispuesto de un objeto bajo una condición toda posterior disposición que sobre dicho objeto lleve a cabo durante el tiempo de pendencia es ineficaz, en caso de cumplimiento de la condición, en la medida que frustrase o perjudicase su eficacia. (I. G. P.)

DUCHANGE, N.: «Démembrements de propriété et libéralités: recherche d'un système cohérent d'imputation», *RTDC*, 2001, núm. 4, pp. 795-818.

La naturaleza de la reserva hereditaria es una parte de la sucesión. Un heredero no puede ser compelido a recibir como reserva solamente los derechos desmembrados del difunto. (R. A. R.)

DI PIETROPAOLO, M.: «Sul regime della prova nella petizione di eredità contro il successore in base a testamento olografo prodotto in fotocopia», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 414-420.

Acerca de la carga de la prueba en el juicio de petición de herencia entre el heredero verdadero y el heredero testamentario. (Alma R. G.)

MOSCA, S.: «Considerazioni sui diritti di abitazione ed uso del coniuge superstite», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 444-448.

Acerca de la posición sucesoria del cónyuge supérstite. (Alma R. G.)

MOSCA, S.: «Titolarità dell'immobile adibito a residenza familiare e relativa rilevanza per l'applicazione dell'art. 540, comma 2.º, cod. civ.», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 593-596.

Derecho de habitación del cónyuge supérstite. (Alma R. G.)

NARDI, S.: «Riflessioni in tema di rinunzia al c.d. "legato immobiliare"- nota a Cass. 3 luglio 2000 n. 8878», *GC*, 2001, núms. 7-8, pp. 1914-1919. (M. R. D. R.)

PENE VIDARI, F.: «Patti successori e contratti *post mortem*», *RDC*, 2001, núm. 2, parte segunda, pp. 242-246.

Ánalisis sobre la doctrina científica y jurisprudencial sobre la prohibición del pacto sucesorio. Hipótesis de contratos *post mortem*: donatio *mortis causa*, mandato *post mortem*, contrato a favor de tercero, depósito a favor de tercero, seguros de vida a favor de terceros, cláusulas societarias, etc. (M. R. D. R.)

PINTENS, W.: «Die Europäisierung des Erbrechts», *ZEuP*, 2001, pp. 628-648.

El autor pone de relieve que el Derecho sucesorio está impregnado de «particularidades» nacionales, pero algunas cuestiones candentes se puede considerar comunes y podrían justificar una regulación común europea. Entre ellas: los derechos sucesorios del cónyuge viudo, la situación de los hijos extramatrimoniales y, finalmente, los temas de legítimas. (I. G. P.)

SIEKER, S.: «Der Motivirrtum des Erblassers aufgrund nicht bedachter Ereignisse», *AcP*, 2001, pp. 697-729.

El tema del error testamentario, error en los motivos por alteración imprevista de las circunstancias así como las cuestiones de interpretación del testamento en general e interpretación integradora en particular han cobrado un inusitado interés tras la reunificación alemana. El principio de restitución de bienes que ha sido aplicado como uno de los pilares de la reunificación, ha determinado lo que puede calificarse como un error del testador sobre la extensión de su patrimonio o sobre la libre disponibilidad de algunos bienes. El § 2078.2 BGB permite la impugnación de las disposiciones de última voluntad por error del causante sobre la existencia o realización de alguna circunstancia; pero es dudoso que pueda solventar el problema cuando se trata de nuevas circunstancias en las que testador no pensó en absoluto. Tras ofrecer un panorama de los supuestos más frecuentes que han surgido en la práctica, la autora analiza los distintos cauces en los que puede basarse la impugnación del testamento o de alguna de sus cláusulas ante estas nuevas circunstancias. (I. G. P.)

TEDESCO, G.: «I diritti di abitazione e di uso del coniuge superstito nella successione legittima», *GC*, 2001, núms. 7-8, pp. 381-387.

Análisis del artículo 540.2 del Código civil italiano y su relación con los artículos 581 y 582, sobre acumulación a la cuota proporcional intestada y su cualidad de legitimario. (M. R. D. R.)

VARIA

ARENA, R.: «Una rilevante interpretazione innovativa della norma di cui all'art. 29 bis legge n. 184/83 (legge n. 476/1998)», *DFP*, 2001, núm. 2, pp. 563-569.

Diversas cuestiones relativas a la adopción internacional. (Alma R. G.)

JESTAZ, PH.: «Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche)», *RTDC*, 2001, núm. 3, pp. 547-558.

Polémica surgida en la doctrina a propósito del caso «Perruche». Análisis de los distintos puntos de vista. (R. A. R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Terzo Quadrimestre 2000», *RDC*, 2001, núm. 3, parte segunda, pp. 377-385.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione - Primo Quadrimestre 2001», *RDC*, 2001, núm. 5, parte segunda, pp. 569-584.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

SUCHANOV, J. A.: «Ausgewählte Probleme der Entwicklung des privatrechts und der Kodifizierung des Zivilrechts im heutigen Russland», *ZEuP*, 2001, pp. 555-562.

Algunos problemas del desarrollo y codificación del Derecho civil en la Rusia actual. Sólo desde la promulgación en 1994 de la primera parte del Código de Derecho civil ruso (ZGB), en vigor desde el 1 enero de 1995, puede decirse que se reconocen por primera vez los fundamentos esenciales del Derecho civil: inviolabilidad de la propiedad, autonomía privada, ilicitud de la intervención arbitraria en la esfera privada, libre ejercicio de los derechos privados y su protección judicial. Una limitación de los derechos civiles sólo cabe ahora en virtud de una ley federal, y sólo en la medida en que sea necesario para la protección del orden constitucional, de la moral, de la salud, de los intereses y derechos de otros, o para garantizar la seguridad del Estado. No se trata de negar por tanto la intervención estatal en el desarrollo del Derecho privado, sino de limitarla, evitando medidas arbitrarias. De hecho, en varias normas del propio Código se contempla tal intervención, por ejemplo, en defensa de la competencia ante situaciones de monopolio, en el ámbito de la protección de los consumidores, así como las normas imperativas que, junto a las dispositivas, se encuentran en el Derecho de contratos. Además contiene normas jurídico-públicas, como por ejemplo, las referidas al registro obligatorio de personas jurídicas e inmuebles. El autor expone además la consideración actual del sistema y una breve noticia sobre el contenido de la segunda parte del Código civil, en vigor desde marzo de 1996, y el estado de los trabajos de la tercera y última parte. (I. G. P.)

VV. AA: «Gazzette européenne, núm. 27», *GP*, 2001, núms. 150-151, 39 pp.

Estudios sobre la aplicación de la reglamentación sobre concentración de empresas de la Comisión europea. (I. S. P.)

VV. AA: «Número especial internacional núm. 6», *GP*, 2001, núms. 152-153, pp. 21-85.

Estudios a propósito del derecho de contratos en Inglaterra, telecomunicaciones en EE.UU.; propiedad intelectual en Suiza y Malasia; derecho financiero en Suiza, Alemania, España e Italia; Derecho del Trabajo; Comercio electrónico, etc. (R. A. R.)

VV. AA: «Spécial Environnement», *GP*, 2001, núms. 154-158, 71 pp.

Estudios varios sobre medio ambiente: diversas facetas afectadas. (I. S. P.)

VV. AA: «Gazette des transports», *GP*, 2001, núms. 166-167, 63 pp.

Número monográfico sobre los transportes donde se estudian aspectos relativos a accidentes y la indemnización a las víctimas. (R. A. R.)

VV. AA: «Gazette du droit des technologies avancées», *GP*, 2001, núms. 196-198, 56 pp.

Estudios varios sobre el derecho de edición electrónica y la función de internet. (I. S. P.)

VV. AA: «Gazette du Droit des technologies avancées», *GP*, 2001, núms. 287-289, 63 pp.

Estudios diversos sobre informática y derecho; consentimiento en la electrónica; derechos de los productores y atentado en Internet; etc. (R. A. R.)

VV. AA: «La publicité», *GP*, 2001, núms. 325-326, 87 pp.

Estudios diversos sobre la publicidad y su incidencia en el Derecho. La utilización de niños y mujeres en la publicidad de diversos estados; competencia desleal; obligaciones de las partes; etc. (I. S. P.)

VV. AA: «Special Droit de la santé», *GP*, 2001, núms. 329-331, 95 pp.

Estudios y notas a sentencias sobre el derecho a la salud. Su relación con la dignidad humana, daños médicos y muerte; responsabilidad médica, etc. (R. A. R.)

VV. AA: «Quelques questions d'éthique, vues par juristes, économistes et gestionnaires», *GP*, 2001, núms. 355-356, 56 pp.

La ética y el Derecho; ética y religión; alternancia ética y derecho en la historia; ética y derecho público; ética y derecho privado; etc. (I. S. P.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ANDRÉ, CH.: «L'obligation de modérer le dommage en droit interne», *RDS*, 2002, núm. 3, cah. aff., jur., pp. 307-312.

Notas a la sentencia de la Corte de apelación de *Douai* de 15 de marzo de 2001 en la que se afirma la imposibilidad de pretender una perpetuación de las relaciones entre contratantes en una sociedad. (I. S. P.)

CAPRIGLIONE, F.: «Information technology e attività finanziaria», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 375-392.

Tecnología informática y mercados financieros: tendencias y perspectivas. (*Alma R. G.*)

FOURGOUX, J. C.: «Les rapports des droits de l'homme et du droit communautaire de la concurrence: du droit à en pas s'auto-accuser. À propos d'un arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes du 20 février 2001», *GP*, 2001, núms. 115-116, pp. 2-3.

La referencia a la Convención europea de derechos humanos no puede ser utilizada por los Tribunales de la Competencia nacionales para reconocer el derecho a no testimoniar contra uno mismo. (R. A. R.)

FOURGOUX, J. C.: «Les droits de l'homme et le droit interne de la concurrence: procès équitable et impartialité. À propos de l'arrêt de la Cour de cas-

sation du 13 mars 2001 et de la décision du conseil de la Concurrence du 9 mai 2001», *GP*, 2001, núms. 164-165, pp. 2-5.

Estudio a propósito del caso citado en el que se analiza el derecho a la autoinculpación y el derecho a no testimoniar contra uno mismo. (*I. S. P.*)

FRANZOSI, M.: «Imitazione servile e brevetto scaduto: scade il brevetto o il prodotto?», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 517-524.

Actos de competencia desleal en relación con las patentes. (*Alma R. G.*)

OPPO, G.: «Impresa e mercato», *RDC*, 2001, núm. 4, parte prima, pp. 421-430.

Reflexión acerca de la relación empresa-mercado, a la luz de la normativa del Código civil y la tutela de consumidores y usuarios de la Ley núm. 281/1998 y la Directiva UE núm. 44/1999: represión de la usura, tratamiento de las cláusulas vejatorias, abuso de dependencia económica. (*M. R. D. R.*)

PIROVANO, A.: «Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001)», *RDS*, 2002, núm. 1, cah. aff., pp. 62-70.

Diferentes fases de diálogo entre las lógicas económica y social. Comentario sobre la reciente Ley de 15 de mayo de 2001 sobre nuevas regulaciones económicas que reavivan este diálogo. (*R. A. R.*)

REQUENA, G.: «L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque», *RDS*, 2001, núm. 44, cah. aff., chr., pp. 3602-3606. (*I. S. P.*)

SERRA, Y.: «La notion de parties à l'action en concurrence déloyale», *RDS*, 2001, núm. 31, cah. aff., jur., pp. 2587-2590.

Nota a la sentencia de la Corte de casación comercial, de 30 de mayo de 2000. (*R. A. R.*)

VV. AA: «Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire», *GP*, 2001, núms. 313-314, 103 pp.

Conferencias y discusiones en torno a la delimitación del mercado; liberalización de servicios públicos; competencia desleal y abuso de poder. (*I. S. P.*)

VV. AA: «Spécial Gazzette Européenne», *GP*, 2001, núms. 171-172, 39 pp.

Estudios sobre Derecho mercantil, con particular atención al Tratado de Niza. (*R. A. R.*)

VV. AA: «Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire», *GP*, 2001, núms. 206-207, 64 pp.

Estudios sobre la libre competencia: competencia desleal, prácticas restrictivas, control interno, etc. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BUTTURINI, P.: «Autonoma rilevanza del principio di chiarezza del bilancio: le sezioni unite accolgono l'orientamento della dottrina prevalente», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 336-343.

Contenido y control del balance de cuentas en las sociedades. (*Alma R. G.*)

CORSINI, F.: «Sulla modalità di esecuzione del pignoramento di una quota di s.r.l.», *NGCC*, 2001, núm. 3, pp. 322-326.

Artículo sobre la ejecución de una acción de sociedad de responsabilidad limitada. (*Alma R. G.*)

COURET, A.: «La loi sur les nouvelles régulations économiques. Les rapports financiers dans l'entreprise», *SJ*, 2001, núms. 31-35, I-341.

Disposiciones de importancia que tratan de la regulación de las relaciones financieras en el seno de la empresa. Su contenido y estudio doctrinal. (*I. S. P.*)

DELGA, J.: «L'abus de biens au regard de la loi du 24 juillet 1966», *GP*, 2001, núm. 301-303, pp. 24-32.

Características de la infracción de abuso de derecho en materia de sociedades. Constitución de la parte civil y problemas penales. (*R. A. R.*)

ELIET, G.: «La gestion sous mandat peut-elle réduire le risque de délit d'initié des dirigeants de sociétés cotées?», *RDS*, 2002, núm. 5, cah. aff., chr., pp. 466-470.

El deber de abstención de los gestores sociales y su incumplimiento. (*I. S. P.*)

FRASER, D.: «Royaume-Uni: "Corporate Governance" et bonne conduite au Royaume-Uni», *GP*, 2001, núms. 152-153, pp. 14-15.

Utilización de sistemas eficaces de control interno en materia de sociedades a raíz del caso Turnbull. (*R. A. R.*)

GLANZMANN, L.: «Suisse: Les pièges de l'augmentation de capital par le biais d'une demande en compensation de dette», *GP*, 2001, núms. 152-153, pp. 5-7.

Estudio realizado dentro del número especial internacional en materia de sociedades. (*I. S. P.*)

GUIDOTTI, R.: «Il consiglio di amministrazione e l'assemblea dei soci nell'era di Internet», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 841-856.

Efectos de la introducción de la videoconferencia en las reuniones societarias. (*Alma R. G.*)

LAGARDE, X.: «Entreprises. Mondialisation, restructurations et juriprudence sociale», *SJ*, 2001, núms. 51-52, I-371.

El interés de este estudio es mostrar que la jurisprudencia es jurídicamente coherente pero no toma suficientemente en consideración los contratos económicos y financieros que suscriben las empresas multinacionales. (*R. A. R.*)

MAFFEI ALBERTI, A. Y OTROS: «Disciplina delle società con azioni quotate», *NLCC*, 2001, núms. 1-2, pp. 51-105.

Comentario de los artículos 119-165, de la parte IV, del título III, capítulo II, del d.lgs. de 24 de febrero de 1998, núm. 58, sobre el régimen jurídico de la sociedad por acciones cotizables: ámbito de aplicación; obligación de comunicación de las participaciones relevantes, recíprocas, pactos y derecho de resolución, tutela de la minoría, asambleas extraordinarias, etc. (M. R. D. R.)

MAURO, S./PORTOLANO, F.: «Italie: la réforme du droit des sociétés», *GP*, 2001, núms. 152-153, pp. 8-9.

Estudio elaborado en el número especial internacional núm. 6 sobre el derecho de sociedades en Italia. (I. S. P.)

PROSPERETTI, E.: «Sulla nomina a tempo indeterminato di amministratori nel tipo s.r.l.», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 436-440.

Necesidad del desistimiento *ad nutum* en el caso del administrador nombrado por tiempo indeterminado. (Alma R. G.)

PUTTI, P. M.: «Società assicurative ed abuso del diritto: nuove frontiere per una tematica classica», *NGCC*, 2001, núm. 5, pp. 576-586.

De nuevo sobre el abuso del derecho en materia de sociedades. (Alma R. G.)

RICCIO, A.: «Il presidente dell'assemblea può, dunque, escludere dal quorum deliberativo il voto espresso dal socio in conflitto di interessi», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1079-1082.

Artículo acerca del poder del presidente. (Alma R. G.)

SALAFIA, V.: «Sui poteri di rappresentanza degli amministratori delle società di persone - osservazione a Cass. 18 febbraio 2000, n. 1817», *GC*, 2001, núm. 9, pp. 2206-2208. (M. R. D. R.)

SALVATORE, L.: «Voto secreto e banche di credito cooperativo», *CI*, 2001, núm. 2, pp. 821-840.

El debate tradicional sobre la admisión del voto secreto. La evolución del derecho de sociedades: algunas consideraciones a favor del voto secreto. (Alma R. G.)

SCHLESENGER, P.: «L'azionariato dei dipendenti», *RDC*, 2001, núm. 2, parte prima, pp. 187-190.

Breve alusión al supuesto de la participación accionarial del personal dependiente de la sociedad, según la Carta constitucional y el Código civil. (M. R. D. R.)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

NEUVILLE, S.: «Les trackers (perspective juridique)», *RDS*, 2001, núm. 33, cah. aff., chr., pp. 2730-2733. (R. A. R.)

SARTORI, F.: «Il conflitto di interessi tra intermediari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?», *RDC*, 2001, núm. 2, parte segunda, pp. 192-226.

Análisis de los problemas introducidos por los avances tecnológicos en la relación intermediario-cliente, respecto a productos financieros, y la deficiencia informativa sobre la gestión del intermediario: instrumentos de preventión del conflicto, inversión del deber de la prueba, remedios legales, gestión individual. (M. R. D. R.)

CONTRATOS MERCANTILES

AUGUET, Y.: «La clientèle civile peut constituer l'objet d'un contrat de cession d'un fonds libéral!», *RDS*, 2001, núm. 29, cah. aff., jur., pp. 2400-2403.

Nota a la sentencia de la Corte de casación civil, sección primera, de 7 de noviembre de 2000. (I. S. P.)

BENSOUSSAN, H.: «La “clientèle au franchise”, facteur d'illegimité de la clause de non rétablissement», *RDS*, 2001, núm. 30, cah. aff., chr., pp. 2498-2503. (R. A. R.)

BRANDT, S.: «Suède: La La loi sur les contrats de vente à distance», *GP*, 2001, núms. 152-153, p. 20.

Garantías de la ley, informaciones esenciales y derecho de retractación. (I. S. P.)

DITTMER, S.: «Allemagne: Les modèles d'achat groupé en ligne selon le droit allemand», *GP*, 2001, núms. 152-153, p. 16.

Definición de venta en grupo y decisiones judiciales al respecto. (R. A. R.)

MBOCK, GCH: «Les articles 101 et L. 132-8 du Code de commerce: éléments d'une théorie du contrat de transport», *GP*, 2001, núms. 133-135, pp. 2-22.

Estudio sobre el contrato de transporte, partiendo de su definición y analizando su estructura: elemento subjetivo, objetivo, formal. Particularidades del contrato de transporte: la noción de contrato legal: fecha del consentimiento. Dualidad del ámbito contractual. Régimen jurídico de la garantía del transportista: acción directa y exclusión de solidaridad pasiva. (I. S. P.)

MEERS, R.: «Belgique: la publicité comparative», *GP*, 2001, núms. 152-153, pp. 17-19.

Comparación entre la regulación actual adaptada a la legislación europea y la anterior. (R. A. R.)

PASSA, J.: «Commerce électronique et protection du consommateur», *RDS*, 2002, núm. 6, cah. aff., chr., pp. 555-564.

La ordenanza 2001-741 de 23 de agosto de 2001 que traspasa la Directiva comunitaria 97, de 20 de mayo de 1997, sobre protección de los consumidores en materia de contrato a distancia. Las piezas esenciales están en la obli-

gación de información al consumidor y el derecho de retracto. Otros textos como la Ley de 13 de marzo de 2000 sobre la prueba y la firma electrónica y la Directiva CE de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico imponen formalismo a la validez de los actos jurídicos. (I. S. P.)

VUILLEMIN-GONZALEZ, C.: «La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi», *RDS*, 2001, núm. 41, cah. aff., chr., pp. 3338-3344. (R. A. R.)

DERECHO CAMBIARIO

CARUSO, C.: «La conferibilità degli strumenti finanziari dematerializzati in fondo patrimoniale», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1394-1428.

El título de crédito como objeto del fondo patrimonial. (*Alma R. G.*)

COLUSSI, V.: «Effetti del benefondi sulla copertura dell'assegno», *NGCC*, 2001, núm. 4, pp. 451-455.

Resarcimiento del daño sufrido a causa del protesto. (*Alma R. G.*)

FACCI, G.: «Volontà, forma e notifica nell'atto di circolazione impropria della cambiale», *CI*, 2001, núm. 3, pp. 1259-1286.

La circulación de la letra de cambio por medio de acto separado. La normativa de la circulación impropia de la letra de cambio: la notificación de la cesión del título a los fines de la oponibilidad. La prueba y la forma de la cesión. Los derechos que se transmiten del cedente al cesionario. El conflicto entre el cesionario y los acreedores pignorantes y la quiebra. (*Alma R. G.*)

SCHLESINGER, P.: «La cartolarizzazione dei crediti», *RDC*, 2001, núm. 3, parte segunda, pp. 265-270.

Ánalisis de la Ley de 30 de abril de 1999, núm. 130, sobre el acceso de los créditos al mercado financiero a través de los títulos-valor: cesión a sociedad, responsabilidad por la gestión de patrimonio separado, etc. (M. R. D. R.)

DERECHO CONCURSAL

LE CORRE, P.M.: «L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement», *RDS*, 2001, núm. 34, cah. aff., chr., pp. 2815-2816. (I. S. P.)

MUTO, Y.: «Japon: l'amélioration des procédures collectives», *GP*, 2001, núms. 152-153, pp. 12-13.

Los procedimientos colectivos de quiebra y suspensión en Japón. Estudio en el número especial internacional núm. 6. (R. A. R.)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
L. Q. R.	The law Quaterly Review
NLCC	La Nuova Legge Civile Commentata
NGCC	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NLCC	Le nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
RDC	Rivista di Diritto Civile
RIDA	Revue Internationale du Droit d' auteur
RDS	Recueil Dalloz Sirei
RTDC	Reveu Trimestrelle du Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
ZEuP	Zeitschrift für das gesamte Handelrechts und Wirtschaftsrecht
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias comentadas

INCAPACIDAD DE OBRAR Y ACCIONES PERSONALÍSIMAS DE ESTADO (A propósito de la STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre)

ENRIQUE RAMOS CHAPARRO
Profesor Titular de Derecho civil

SUMARIO: 1. Síntesis de los hechos. 2. Razonamiento de la Sentencia. 3. Razonamientos del Voto particular del mismo Ponente. 4. Comentarios con otros argumentos: 4.1 El carácter personalísimo no es una pura construcción doctrinal. 4.2 Carácter personalísimo y representación legal no son absolutamente incompatibles en los actos inter vivos. 4.3 En las acciones de estado personalísimas sólo se excluye la actuación en interés de persona distinta al sujeto del vínculo, pero no la actuación representativa en interés del mismo cuando es incapaz de obrar. 4.4 Supuestos el matrimonio y la capacidad para consentir, hay que entender subsistente la acción separatoria incluso en el caso de incapacidad de obrar sobrevenida de alguno de los cónyuges.

1. Síntesis de los hechos

Una mujer casada y separada de hecho fue incapacitada por Sentencia, como consecuencia de un accidente, nombrándosele como tutora a su madre, contra la expresa oposición del marido.

La madre, tras obtener autorización judicial para litigar en nombre de su hija (art. 271.6 Cc.), interpuso demanda de separación y solicitud de medidas provisionales.

El Juzgado declaró no haber lugar a lo pedido, por apreciar falta de legitimación para dicha pretensión, ya que se trata de un acto personalísimo, derivado de un derecho del mismo carácter, en el que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges.

Los recursos de apelación fueron desestimados, pues la Audiencia siguió la misma tesis, fundándola expresamente en el art. 81 Cc. comparado con el art. 74, y en la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 26 de mayo de 1982).

Además, la Audiencia declaró, contra el argumento de igualdad utilizado por la recurrente, que «no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz...».

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación en interés de la Ley, y la tutora formalizó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando lesión de los principios de igualdad y tutela judicial efectiva (14 y 24.1 CE). El Ministerio Fiscal interesó también la admisión de este recurso en su escrito de alegaciones.

2. Razonamiento de la Sentencia del TC

Tras considerar que está agotada la vía judicial, pese a la interposición del recurso de casación en interés de la Ley (porque éste en ningún caso puede alterar la situación de la demandante ni ser remedio posible de su eventual lesión de derechos constitucionales), la Fundamentación jurídica comienza por exponer sumariamente la doctrina del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta relación con el tema de la apreciación jurisdiccional de falta de legitimación activa.

Se parte de la base de reconocer que el acceso a la jurisdicción, en cuanto incluye el derecho a obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, no es absoluto o incondicionado, sino que «está conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio», entre los cuales puede haber «límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos»¹.

De aquí se deduce que el mencionado derecho fundamental puede verse conculado tanto por vía *legal* (mediante normas que impongan obstáculos innecesarios, excesivos, no razonables o no proporcionados respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco constitucional), como por vía *aplicativa* o *exegética* (mediante interpretaciones judiciales manifiestamente erróneas, o basadas en criterios que por su rigorismo o formalismo excesivo revelan una clara desproporción entre los fines que la norma preserva y los intereses que se sacrifican)².

En función de todo esto, es doctrina reiterada del TC que los Jueces y Tribunales han de «interpretar con amplitud las fórmulas utilizadas por las Leyes procesales para atribuir legitimación activa», pudiéndoseles censurar, en consecuencia, las apreciaciones excesivamente restrictivas de las normas aplicables, como interpretaciones contrarias a la efectividad del derecho fundamental reconocido en el art. 24. 1 CE³.

Expuesta esta doctrina, el Fdto. 4.º la aplica al caso, comenzando por considerar que la separación conyugal satisface un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial cuando ésta les resulta perjudicial en los supuestos legalmente previstos como causas de separación.

Tal interés y tales perjuicios pueden darse también en los incapacitados casados, e incluso «de modo más dramáticamente perceptible», si quedasen, por su desvalimiento, bajo una sumisión absoluta al cónyuge capaz. Esta posible situación se califica como «vitanda», y se declara que su único remedio posible es, precisamente, el ejercicio de la acción separatoria.

Por dichas circunstancias, la negativa de legitimación a la tutora «determina inexorablemente el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de la incapacitada a la tutela judicial, si se advier-

¹ Fdto. 3.º, con cita de SSTC 140/1993, de 19 de abril, Fdto. 6º; 12/1998, de 15 de enero, Fdto. 4.º.

² *Ibidem*. Se citan la STC 35/1999, de 22 de marzo, Fdto. 4.º, y las SS citadas en él.

³ Se citan las SSTC 24/1987, de 25 de febrero, Fdto. 2.º; 93/1990, de 23 de mayo, Fdto. 2.º; 195/1992, de 16 de noviembre, Fdto. 2.º; 285/1993, de 4 de octubre, Fdto. 2.º; 34/1994, de 31 de enero, Fdto. 3.º.

te que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LECiv., el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva, contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.»

Finalmente, el Fdto. 5.^º corrobora esta conclusión desde la perspectiva de la igualdad en relación con el cónyuge capaz, puesto que la decisión recurrida «desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE.»

3. Razonamientos del voto particular del mismo Ponente

El voto particular del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, aunque comparte el sentido del fallo, procura fundamentarlo en argumentos de índole más civil o sustantiva, tratando de impugnar directamente la *ratio decidiendi* de las sentencias anuladas mediante una reflexión crítica sobre la misma.

Con criterio exegético muy abierto e independiente, pero, sin duda, científico y bien fundado, niega, en primer lugar, que del art. 81 Cc., por sí sólo, se pueda deducir la exclusividad de la legitimación de los cónyuges, y afirma que ésta sólo resulta de una interpretación sistemática que lo pone en relación con el art. 74 y otros del mismo Código. Si en estos últimos preceptos se prevé expresamente la legitimación de personas distintas a los cónyuges, se deduce que en el caso del art. 81 ello no es posible, por no estar prevista esa posibilidad.

Pero, según el Magistrado, esta comparación normativa y la conclusión que de ella se quiere deducir no son aceptables, porque equiparan como supuestos homogéneos dos hipótesis de muy distinto significado: por un lado, la del tutor del incapaz, que actúa en interés del mismo, y por otro, la de los terceros ajenos al vínculo que actúan por su propio interés (en el caso de la nulidad): «*pues el hecho de que terceros ajenos a los cónyuges puedan quedar excluidos del ejercicio de las acciones, expresamente atribuidas a éstos, sin mención de otros legitimados, nada tiene que ver con el hecho de que los representantes de los cónyuges incapacitados puedan ejercitárlas, o no, en nombre e interés de éstos, las acciones que la ley les concede, cuando por su incapacidad, éstos no pueden ejercitárlas por sí mismos directamente. Se mezclan en la argumentación de la Sentencia supuestos de diferente índole, para extraer de la previsión legal de unos la solución aplicable al otro, criterio hermenéutico que no me parece en sí mismo consistente, y que, en la medida en que conduce a la restricción de un derecho fundamental como el de la tutela judicial efectiva, considero constitucionalmente inaceptable.*»

Esta primera y concreta tesis del voto particular puede ser suscrita, a nuestro juicio, por todo civilista que, en tema de capacidad, anteponga el rea-

lismo, el sentido común y la protección de la persona incapaz a cualquier otra consideración basada sólo en categorías formales o en conceptos y clasificaciones rigurosas de la técnica jurídica.

Por eso vamos a utilizarla después, como punto de partida de nuestro propio razonamiento, desarrollando sus presupuestos implícitos y sus consecuencias más concretas. En esta crítica a la escueta argumentación «legalista» de la Sentencia de apelación, subyace una idea de la incapacidad como límite relativo y dúctil de la subjetividad activa, que sólo tiene sentido en cuanto protector de los intereses del sujeto, pero que no puede erigirse en obstáculo insalvable para su propio beneficio.

Pero el voto no se detiene aquí. Animada por el ímpetu crítico, su argumentación se eleva y se generaliza, llegando a declarar que «*el concepto de acción personalísima, en que las resoluciones recurridas fijan la clave de su decisión, no es una categoría legal discernible, sino una mera categoría doctrinal, que, para ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitable.*»

Creemos que en esta opinión se mezcla una exageración inaceptable (la índole meramente doctrinal del carácter personalismo) con un buen criterio interpretativo, que debemos salvar: que de un concepto técnico e instrumental no se pueden deducir consecuencias manifiestamente injustas, y menos si se llega a la inconstitucionalidad.

Las pruebas de Derecho positivo que el voto utiliza para demostrar su criterio son una profundización o desarrollo de las ya esgrimidas por la recurrente y el Ministerio Fiscal, y se pueden reducir a tres:

a) El art. 267 Cc. no distingue entre actos personalísimos o no personalísimos para definir el ámbito de las facultades representativas del tutor, sino que únicamente excluye del mismo los actos que el incapacitado pueda realizar por sí solo en virtud de expresa disposición legal o judicial. Luego, *prima facie*, se puede deducir de este precepto la legitimación procesal del tutor para la acción separatoria.

b) El art. 49 CE impone una interpretación del sistema tutelar que no conduzca al resultado de impedir al incapacitado el disfrute de los derechos fundamentales. Por tanto, el reconocimiento de legitimación al tutor para ejercitarse representativamente la acción separatoria viene exigido por la necesidad de situar en una posición de igualdad al cónyuge incapacitado y al capaz, superando así su «desigualdad natural» mediante el mecanismo legal previsto para ello, que es la tutela.

c) En el sistema legal actual se encuentran muchos casos en que, a pesar del carácter personalismo del acto, está prevista expresamente la sustitución del incapaz por su tutor o representante legal. Por ejemplo: para internar al tutelado (271.1 Cc.), para decidir su esterilización (156.2 Cp.), para las opciones sobre el estado de nacionalidad (20.2.a Cc.), para el ejercicio de las acciones filiatorias (129 Cc. [actualmente: 765.1 LECiv]), y para el consentimiento sobre intimidad o imagen (3.2 LO 1/1982), entre otros.

Además de estos tres argumentos, el Magistrado introduce otro nuevo, más específico y concluyente: que la Ley da por supuesta la existencia de procesos matrimoniales de separación o de divorcio en los que el ejercicio de la acción correspondiente sólo puede haberse realizado por el tutor. Esta presuposición se ve en la Disp. Adic. 8.^a de la Ley 30/1981 [hoy en el art. 749.2 LECiv], cuando impone la intervención del Ministerio Fiscal «siempre que

alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes». Como no distingue la posición activa o pasiva de los cónyuges en la causa, se deduce que los cónyuges incapacitados –mediante sus tutores– pueden ser demandantes de separación, de nulidad o de divorcio, en cuyo caso sería necesaria la presencia del Ministerio Fiscal, lo mismo que cuando sean demandados en aquellas circunstancias.

4. Comentarios con otros argumentos

4.1 *El carácter personalísimo no es una pura construcción doctrinal*

Este caso produce una especie de molesto desasosiego en el civilista «académico» porque, efectivamente, el mantenimiento a ultranza de la categoría clásica de acción personalísima (con todas sus consecuencias, incluida la imposibilidad de actuación representativa) conduce en él a un resultado absurdo y manifiestamente injusto, en el cual, sin embargo, no temieron incurrir los Jueces y Tribunales que conocieron de los hechos.

El teórico, preocupado a la vez por la recta doctrina y por la justicia material, experimentará, pues, una fuerte vacilación o duda sobre ese concepto de acción personalísima, y tal vez caiga en la misma fácil tentación que el voto particular: decidir, por sí y ante sí, que se trata de un dogma o prejuicio introducido por la doctrina, sin base jurídico-positiva suficiente. Según tal dictamen, se podría arrumar sin escrúpulo entre los trastos «pedagógicos», didácticos o escolares, que sólo sirven para explicar mejor el Derecho pero no para su concreta aplicación jurisdiccional.

Pero hay otra manera más ortodoxa o menos radical de evitar el resultado absurdo sin tener que negar la naturaleza básica y verdaderamente *legal* del límite a la subjetividad activa que supone el llamado carácter personalísimo, y es la que intentaremos exponer aquí, aprovechando los argumentos del voto particular en lo mucho que tienen de verdaderos y válidos.

Partimos, por tanto, de la base de que dicho carácter no es un puro invento de los autores, sino que éstos simplemente lo han descubierto y expuesto a partir de datos expresos en normas concretas y deducibles de los principios generales.

La misma palabra «personalísimo» fue utilizada más de una vez por la redacción originaria del Código civil en preceptos que continúan vigentes: vgr.: art. 469 (referida a derechos y asociada explícitamente a la intransmisiabilidad de los mismos), y 670.1 (referida al acto de testar, y asociada a la imposibilidad de representación o delegación).

La doctrina no ha hecho más que categorizar o generalizar ese concepto legal para encuadrar aquellas situaciones jurídicas (sean derechos, obligaciones o actos relacionados con ellas) que pueden presentar como notas características alguna de estas tres, o todas ellas:

1.^a ser intransmisibles *inter vivos*; 2.^a necesitar el ejercicio personal o sin representación, y 3.^a extinguirse por la muerte del sujeto.

En dicha categoría se incluyen principalmente los derechos de la personalidad y las facultades integradas en el estado civil, aunque también puede haber, y de hecho hay, derechos patrimoniales personalísimos, tanto reales (vgr.: 525 Cc.) como de crédito (arts. 1161 y 1275 Cc.).

En abstracto se puede decir que el *intuitus personae* o situación personalísima supone la existencia de un requisito añadido por la Ley o por la autonomía privada a los presupuestos ordinarios de la subjetividad, distinto a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar, que consiste en la pre-determinación del sujeto con carácter exclusivo, o sea, en la identificación precisa del único sujeto posible, dando así lugar a un límite jurídico *sui generis*, que no es propiamente una prohibición, porque no tiene que existir necesariamente como tal, y porque, en realidad, se basa en la misma *ratio*, esencia o naturaleza de la situación así calificada, y no se dirige a proteger intereses generales o ajenos al sujeto, sino precisamente todo lo contrario.

Efectivamente, es esa inherencia del derecho, acto o situación a la misma personalidad, —en lo que ésta tiene de «individualidad» o singularidad única—, lo que fundamenta lógica y racionalmente la categoría legal del carácter personalismo.

Esta razón general se ejemplifica muy bien en la acción del caso presente: la de separación conyugal que, junto a la de divorcio, hay que considerar ciertamente como personalísima (a diferencia de la de nulidad), porque, presupuesta la validez del matrimonio, instrumenta unos intereses y derechos que, por su propia naturaleza, sólo los esposos pueden valorar y ejercitar, y en los que toda actuación ajena, o movida por otros intereses, resulta claramente una intromisión intolerable en el ámbito de decisiones sumamente personales e íntimas.

Al constituir dichas acciones los cauces legales para la resolución de las crisis matrimoniales, y al pertenecer éstas al ámbito estrictamente «reservado» de las decisiones individuales, resulta que únicamente los propios cónyuges pueden gozar de legitimación para ejercerlas⁴.

Hay aquí como un paralelismo antitético con respecto al propio *ius connubi*, también personalísimo sin ninguna duda. Pues bien, así como sólo el propio sujeto interesado puede tomar la decisión de casarse, así también sólo el mismo casado está facultado para intentar el divorcio o la separación, que significan la ruptura *ex post facto* del matrimonio. Sin ese «monopolio» de ambas acciones por parte de los cónyuges se podría ver conculado el mismo derecho fundamental a casarse (o no) y a permanecer (o no) unido por un matrimonio válido, puesto que ésto último podrían impedirlo personas ajenas al vínculo.

Si recordamos ahora, incidentalmente, que no repugna al carácter personalismo del *ius connubi* la posibilidad excepcional del matrimonio por apoderado (art. 55 Cc., porque ese «poder» no significa una representación propiamente dicha), podemos ya anticipar, siguiendo el paralelismo, que tampoco la interposición o asistencia del tutor para suplir la incapacidad procesal del cónyuge incapacitado tiene por qué contradecir esencialmente la naturaleza personalísima de la acción separatoria, ya que (igual que el matrimonio por

⁴ Distinto es el caso de la acción de nulidad, pues en ella se discute e impugna la misma existencia del vínculo, como estado civil válido y eficaz, para cuya pretensión deben también ser legitimados los «terceros», además de los cónyuges, porque, en virtud de la eficacia *erga omnes* del *status* puede que existan personas realmente perjudicadas por una apariencia de matrimonio, a los que no se puede dejar en indefensión, y porque el Ministerio Fiscal debe velar por la legalidad de los vínculos, en interés general. No obstante, hay que advertir que incluso algunos supuestos de nulidad se configuran legalmente como subordinados a una acción, si no personalísima, sí restringida a un núcleo estricto de personas legitimadas.

poder) tampoco atenta contra la verdadera finalidad y el interés salvaguardados por el *intuitus personae*, sino que los salva e incluso los preserva de una posible inoperancia o inexistencia práctica.

Pero antes de entrar en este nuevo tipo de argumentos, terminemos la reflexión del presente apartado.

Habiendo aceptado que el carácter personalísimo es un auténtico límite legal de la subjetividad activa, con un fundamento racional indiscutible, y no una simple especulación teórica de la que pueda prescindirse en la aplicación del Derecho, tenemos ahora que dedicarnos a aquilatar o precisar su significado, porque, ciertamente el legislador no ha perfilado todos sus detalles ni ha previsto todas sus posibles consecuencias en cada uno de los actos.

Aquí es donde, tal vez, la doctrina haya podido pecar de excesiva generalización o de esquematismos simplificadores y realmente inexactos. Puede que se haya instalado la creencia, algo ingenua, de que las tres notas caracterizadoras que indicamos antes han de existir siempre efectiva y acumuladamente en todos los casos y con igual intensidad. Pero tales posibles errores de enfoque, que se desvanecerían con la sola consulta del Código civil, no suprimen ni alteran el dato legal básico: es decir la existencia real del carácter personalísimo como «categoría discernible» de nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión es, pues, cómo discernirla con exactitud.

La praxis jurisprudencial estimula así a la investigación para repensar y rectificar aquellas eventuales concepciones exageradas o desviadas, en las que parece haber incurrido, por ejemplo, la sentencia de apelación anulada en este caso por el TC. Ello habrá de hacerse mediante un análisis más detenido de todas las hipótesis, que ayude a sacar a la luz el sentido auténtico de la actuación personalísima como exigencia o presupuesto legal. En este comentario, sin embargo, nos limitaremos concretamente a las acciones de estado, y, sobre todo, a las personalísimas del estado matrimonial.

4.2 *Carácter personalísimo y representación legal no son absolutamente incompatibles en los actos inter vivos*

Esta conclusión está ya demostrada en el voto particular mediante la enumeración de la larga serie de «excepciones» a la (supuesta) regla general de que no se puede representar al incapaz de obrar en los actos personalísimos, entre las cuales, la que más destaca, a nuestro juicio, es la del antiguo art. 129 Cc. (hoy 765.1 LECiv.), al permitir, con carácter general, la representación legal en las acciones filiarias⁵.

Casi bastaría el argumento analógico para aplicar la misma consecuencia a las acciones matrimoniales personalísimas que correspondan a incapaces, porque existe identidad de razón. Esta legitimación, considerada «excepcional», de los representantes legales o el Ministerio Fiscal obedece al designio legal de no obstaculizar el ejercicio de las acciones sobre el estado de filiación durante la minoría de edad del sujeto o su incapacitación, lo cual presupone, a su vez, que para la *mens legis* no hay contradicción esencial entre el carácter personalísimo y la representación legal del incapaz de obrar. De lo

⁵ Aunque no todas ellas sean personalísimas, sí hay algunas en las que la configuración legal de la legitimación activa permite deducir tal carácter, vgr.: las de los arts. 132.1, 133, 136 y 137 Cc. A éstas también se aplica, sin distinción, la regla general de representación.

contrario, o bien hubiera exceptuado esta última en los casos correspondientes, o bien hubiera prescindido de configurar como personalísimas algunas de estas acciones y de diferenciarlas así de las demás.

La misma finalidad de no estorbar el ejercicio de facultades, y el mismo presupuesto implícito de que la representación legal no elimina el carácter personalísimo en materia de estado se observan en los arts. 20.2 y 14.3 *in fine* Cc. relativos a las opciones sobre el estado de ciudadanía (nacionalidad española y vecindad civil).

Por eso, más que como «excepciones», estas normas deben ser vistas como la expresión de la verdadera regla o criterio general, según la cual el significado «personalísimo» que ostentan algunas acciones de estado sólo excluye la transmisibilidad⁶, y la representación voluntaria propiamente dicha, pero no, de suyo, la representación legal⁷.

Este principio es aplicable a las acciones de separación y divorcio, integrando así esa suerte de laguna o imprevisión legal de que adolece la redacción literal del Código civil. Salvando, pues, el carácter personalísimo (como verdadera diferencia jurídica de dichas acciones respecto a la de nulidad), se admite la representación legal del cónyuge incapacitado, como solución congruente con lo que es pauta general en el tratamiento legal de la misma materia.

Invocamos antes el caso del matrimonio por apoderado como otro ejemplo de aparente excepción al significado personalísimo, incluso con la circunstancia agravante de parecer representación «voluntaria», es decir, basada en la decisión de un sujeto con capacidad de obrar que nombra a un mandatario.

Pero, como es sabido, el llamado poder para contraer matrimonio no es representación propiamente dicha, ya que tal apoderado sólo sustituye al contrayente en la presencia física y en la simple declaración del consentimiento, mas para nada interviene ni puede intervenir en la formación o configuración del vínculo que se contrae. Es un mero *nuntius*, una figura vicaria o simbólica del contrayente, y no un *procurator* ni un gestor con voluntad propia e influyente en el acto.

Por eso no contradice a la naturaleza personalísima de la declaración del consentimiento matrimonial el que se haga por esa vía de representación imprópria, siendo así que no puede hacerse por la verdadera representación, ni la legal ni la voluntaria, ya que se trata de una facultad –no acción– personalísima.

En cambio, en el supuesto de la acción separatoria, dicho carácter no excluye *a priori* la representación legal, porque, como hemos dicho, es evidente el designio legal de que las situaciones de incapacidad de obrar (sea por

⁶ Con las debidas salvedades a la sucesión *mortis causa* excepcional prevista para las acciones filiatorias en el art. 132.2 Cc. La norma del antiguo art. 130 Cc., hoy contenida en el 765.2 LECiv., no constituye propiamente una excepción al carácter personalísimo, pues sólo hay sucesión procesal en acciones ya entabladas en vida del hijo.

⁷ Este criterio general sólo se refiere a las *acciones*. En cuanto a las *facultades* de estado, que integran su contenido personal y no se ejercitan mediante reclamación judicial, hay que entender que tienen un carácter personalísimo más acentuado aún que las acciones propiamente dichas, pues en tales derechos y facultades sí está excluida la actuación de los representantes legales, salvo que la ley expresamente la reconozca (como es el caso de las opciones de ciudadanía antes citadas). Dicha exclusión ocurre, por ejemplo, para el matrimonio, o el reconocimiento de hijos. Así pues, sólo se deberían considerar como verdaderas y taxativas excepciones legales al carácter personalísimo las que se refieren a las facultades de ejercicio extrajudicial, pero no a las acciones, porque en éstas el criterio legal general es el de la compatibilidad con la representación legal, como hemos visto.

minoría de edad o por incapacitación) no constituyan un obstáculo insalvable para el ejercicio de las acciones de estado.

4.3 *En las acciones de estado personalísimas sólo se excluye la actuación en interés de persona distinta al sujeto del vínculo, pero no la actuación representativa en interés del mismo cuando es incapaz de obrar*

Este es el postulado que resulta, a nuestro entender, de la correcta interpretación del régimen legal con criterio sistemático y teleológico, y es la razón que explica satisfactoriamente las diferencias de legitimación activa que existen entre la separación y el divorcio por un lado y la nulidad por otro, e incluso entre las distintas causas de nulidad.

Efectivamente, la genuina interpretación sistemática de los arts. 81, 86 y 88 en comparación con el 74, 75 y 76, así como la de los arts. 132.1, 133, 136 y 137, en relación con el 131.1 y el 140 Cc. no es la que expone la simplista y sesgada fundamentación de las sentencias anuladas, sino aquella que, partiendo de la *ratio legis* del límite llamado «carácter personalísimo», y a la luz de los principios que rigen actualmente la incapacidad de obrar, concluya, como el voto particular, que lo único que la Ley quiere evitar en las acciones que tienen tal carácter es que el proceso sea iniciado por alguien distinto al mismo sujeto del vínculo y para proteger un interés propio de ese «tercero».

Cuando, por no ser personalísma la acción, se legitima también a otros sujetos, éstos se suponen portadores de un interés «directo» y comprobable, cuya existencia es verdadero requisito sustantivo de su legitimación. Pero en las personalísimas se veda totalmente a esos «extraños» y a sus posibles intereses la posibilidad de abrir la vía judicial para ejercitarse tales acciones de estado.

Ello significa, en la práctica, dejar al único y exclusivo arbitrio del sujeto del vínculo el ejercicio de ciertas acciones (aquéllas que protegen intereses intrínsecamente vinculados a los bienes de la personalidad y, especialmente, a la libertad personal en relación con los estados civiles), lo cual es perfectamente congruente con la verdadera y ontológica inherencia de los *status* a la misma persona, es decir, a cada individuo humano.

El carácter personalísimo en estas materias, es, por tanto, un instrumento para defender y garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, e incluso, en cierto modo, la intimidad, no en el sentido de evitar publicidad, sino ingerencia. Procura reservar, desde la ley, un ámbito de decisiones y actos, que por su propia naturaleza son inseparables del propio sujeto, y se le atribuyen en exclusiva.

Interpretado así, teleológicamente, vemos que el tecnicismo jurídico del *intuitus personae*, en su consideración de límite, prohibición o negación, sólo mira «hacia afuera» del propio sujeto, y no, de suyo, hacia él mismo. Además, parece presuponer, para su normal funcionamiento, la capacidad de obrar de éste. Pues, si se le niega la acción a todos los demás, será porque se parte de la base de que él (es decir: el sujeto del vínculo) *sí* puede ejercitárla.

Ahora bien, de hecho puede ocurrir que no se de ésta última hipótesis, es decir: habrá casos en que el único legitimado sea incapaz de obrar.

En tales supuestos no cabe interpretar que el carácter personalísimo suponga en la práctica la inexistencia o extinción de la misma acción de estado.

1.º porque, como se vió, la misma Ley, cuando los ha previsto expresamente, los resuelve en favor de la legitimación de los representantes legales, y

2.º porque, en sí misma, dicha exégesis –que fue la seguida en los procesos civiles de este caso– se aparta ostensiblemente de la finalidad o *ratio* propia del carácter personalísimo en las acciones de estado, mirando hacia el sujeto mismo y no hacia los terceros, e introduciendo consecuencias que exceden al propósito de la Ley.

Por tanto, como hay que entender que la acción personalísima de estado, dado el rango fundamental que ostenta, no puede quedar anulada o radicalmente enervada por la incapacidad de obrar del único sujeto legitimado, hay que concluir también que, en tal supuesto, debe entrar en juego la representación legal, salvando siempre una posible disposición especial de la eventual sentencia incapacitante, que autorice al incapacitado a ejercitárla por sí solo.

Dado que en la representación legal sólo se actúa en interés del incapaz, no se conculca el carácter personalísimo, ni tan siquiera formalmente, porque la demanda será interpuesta en nombre de aquél, que es lo único que, en rigor, exige el *intuitus personae*. Para controlar la efectiva sumisión del representante al interés del incapaz hay mecanismos cautelares añadidos como la exigencia de previa autorización judicial y la presencia garantizadora del Ministerio Fiscal en el proceso.

La inicial resolución por la jurisdicción ordinaria del caso que comentamos pone de manifiesto la debilidad y el peligro que encierran las concepciones demasiado simples, rígidas o formalistas en temas de Derecho de la persona y de estado civil, y la necesidad, por tanto, de «hilar más fino», o discernir cada vez mejor el sentido de las categorías legales necesarias y útiles.

El Juzgado y la Audiencia debieron haberse percatado de que la incapacidad de obrar *procesal*, o «para comparecer en juicio», –que es, en realidad, la única clase de incapacidad que supone un obstáculo legal para la mujer incapacitada de nuestro caso–, nunca puede eliminar la legitimación activa en el plano sustantivo (es decir, la posibilidad legal de ejercitar una acción), ni la simple «capacidad para ser parte» (cf. art. 6.1, 1.º LECiv) y menos todavía si se trata de un derecho fundamental y personalísimo. Solamente impone el cumplimiento de lo previsto en las normas procesales aplicables (art. 7.1 y 2, y arts. 8-9 LECiv), que, en el presente caso, conducen a la misma solución consabida de la representación legal.

4.4 *Supuestos el matrimonio y la capacidad para consentir, hay que entender subsistente la acción separatoria incluso en el caso de incapacidad de obrar sobrevenida de alguno de los cónyuges*

El legislador de 1981 quiso compatibilizar, en alguna medida, la incapacidad y el matrimonio, permitiendo que el sujeto previamente incapacitado pueda casarse (cf. arts. 171.2, 4.º y 1330 Cc.), en función de lo que declare la sentencia de incapacitación y lo que resulte del dictamen médico previsto en el art. 56.2 Cc.

Resulta, pues, que, ya desde el origen del vínculo conyugal, alguno de los esposos puede estar incapacitado, y, por tanto, sujeto a tutela o a curatela por persona distinta de su cónyuge.

En tales casos hay que entender que el régimen procesal de las crisis matrimoniales y el de la acción de nulidad debe ser el mismo que en los demás matrimonios, pues de lo contrario, el de los incapaces resultaría inseparable e indisoluble *inter vivos*, lo cual repugna a los principios civiles actuales y carece de lógica o razón suficiente.

Es posible, como dijimos, que la sentencia de incapacitación hubiese incluido el ejercicio de las acciones personalísimas de estado en el ámbito de actuación eficaz reconocido directamente al propio sujeto, pero cuando no existe esta expresa previsión judicial, la única manera de salvar la identidad o igualdad del régimen de las crisis y de la nulidad es entender que el representante legal está llamado a suplir la incapacidad de obrar procesal del cónyuge en toda clase de acciones, incluidas las personalísimas de estado, previa la autorización judicial a que se refiere el art. 271.6 Cc.

Si esto es así en el matrimonio del previamente incapacitado, *a fortiori* deberá serlo en el vínculo del que fue incapacitado después de casarse. La única objeción práctica que podría presentarse es que, teniendo por tutor al otro cónyuge (capaz), se produjera un conflicto de intereses, pero este problema tiene una clara solución legal mediante la figura del Defensor Judicial nombrado *ad hoc* (299.1 Cc.).

En el caso de la sentencia que comentamos ni siquiera se dió esa circunstancia obstaculizadora de la «pureza» o autenticidad de la representación legal, por lo que es aún más evidente que no se conculcaba el carácter personalísimo, es decir, que sólo se pretendía actuar en interés de la única legitimada posible. Otra cosa es que, después de admitida la demanda, el Tribunal no aprecie la existencia de la causa de separación, y deniegue la pretensión, porque ésto no implica desconocer o anular la legitimación activa (del cónyuge incapacitado, ejercida mediante su tutor) sino simplemente desestimar la acción por motivos de fondo.

Como, por otro lado, la resolución judicial que incapacitó a aquella mujer casada no se pronunció expresamente sobre el ejercicio de las acciones personalísimas de estado (previsión que en tal supuesto parece más justificada o lógica que en el caso del incapacitado soltero), resulta de las reglas generales que aquel matrimonio –separado de hecho– gozaba del mismo régimen en cuanto a las crisis que todos los demás, es decir: existen todas las acciones posibles (separación, divorcio y nulidad) y conservan sus requisitos de causa legal, legitimación y plazo de caducidad en los mismos términos previstos en el Código para cualquier matrimonio, es decir, sin distinción en cuanto a la posible incapacitación antecedente o sobrevenida de alguno de los cónyuges o de ambos.

La esencial tipicidad del contenido personal del estado civil, su naturaleza «institucional», traen, como ineludible consecuencia, la efectiva igualdad de dicho contenido en todos y cada uno de los vínculos existentes dentro del mismo tipo. O sea, que todos los matrimonios son formalmente iguales en cuanto a los derechos, deberes y acciones relativos al aspecto personal (no a los aspectos patrimoniales derivados).

No se puede, por tanto, admitir que las circunstancias subjetivas de los cónyuges –aunque sean jurídicamente relevantes a otros efectos– modifiquen o disminuyan dicho contenido institucional, tipificado e igualitario, ni supongan la exclusión o ineficacia práctica de los derechos y acciones que son esenciales e inherentes al vínculo de estado.

Este efecto se produciría en el caso de los casados incapacitados si el carácter personalísimo significase, para ellos, la imposibilidad real de separarse o divorciarse, lo cual es manifiestamente falso y absurdo, y no parece que se pueda defender bajo ningún concepto.

El planteamiento que estimamos correcto, resulta, por el contrario, del todo lógico y evidente: o bien el incapacitado casado tiene reconocida judicialmente la capacidad para actuar por sí solo en el ámbito personalísimo (lo cual es muy congruente con su propio estado, presupuesta la capacidad matrimonial), y entonces no hay ningún problema, o bien no la tiene, en cuyo caso su actuación se debe producir mediante la representación legal debidamente controlada.

El mantenimiento de la congruencia entre la capacidad matrimonial y la capacidad para los actos «derivados», accesorios o subsiguientes al *status conyugal* no es solamente un postulado lógico, sino que tiene una concreta plasmación legal: el régimen de capacidad para otorgar Capitulaciones Matrimoniales (arts. 1329 y 1330 Cc.) y para hacer donaciones por razón del propio matrimonio (art. 1338 Cc.). En estos preceptos se modifican las reglas generales sobre la capacidad de obrar patrimonial y dispositiva, en beneficio del menor o del incapacitado, siguiendo el criterio de la antigua *regula*: «*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*».

El citado art. 1330 requiere una «asistencia» del representante legal que, al igual que el «concurso y consentimiento» del 1329 y la «autorización» del 1338, no puede significar verdadera y propia representación (ya que las mismas normas están reconociendo o atribuyendo la *capacidad* del sujeto en este ámbito), sino mera conformidad, asentimiento o colaboración del representante a una voluntad formada y expresada por el menor o el incapacitado.

Creemos que en nuestro caso de la acción separatoria este principio de congruencia se impone con más fuerza todavía, porque la misma pertenece al contenido personal y esencial del vínculo y no simplemente a los efectos patrimoniales accesorios.

Habría que entender, por tanto, que si el incapaz pudo decidir en orden al matrimonio (en el caso de incapacidad anterior a las nupcias), puede hacerlo también en orden a la separación, y que, en tales casos, la intervención procesal del tutor es mera *asistencia* a la declaración de un consentimiento propia y genuinamente personalísimo del cónyuge.

Cuando la incapacidad es posterior al matrimonio debe seguirse la misma consecuencia siempre que el grado de discernimiento del sujeto sea suficiente para formar y expresar la voluntad de separarse, o sea, para entender y querer las consecuencias de dicha situación.

Sólo en el caso de una incapacidad sobrevenida total o plena, con falta absoluta de autogobierno o con un grado mínimo e insuficiente de discernimiento psíquico, adquiere verdadero carácter *representativo* la intervención del tutor. Pero, como hemos repetido a lo largo de este comentario, ni siquiera en tales casos extremos se conculca realmente el carácter personalísimo, dada la naturaleza intrínsecamente asistencial y tuitiva de la representación legal del incapacitado.

Aunque, ciertamente, sea el tutor el que valore y finalmente decida la conveniencia de la separación (siempre en función de las *causas* legales que, a su juicio, concurran en el caso) todo lo hace –o lo debe hacer– en interés exclusivo del tutelado y mirando sólo al beneficio de éste, según lo entienda el propio tutor, que es, legalmente, el primer encargado de procurarlo.

En el curso del proceso se averiguará si su actuación obedece realmente a este fin, y, sobre todo, si existe o no la causa de separación alegada por él.

Como se ve, todavía tiene la última palabra el Poder Judicial, garante último del beneficio de los incapaces, pues será el Tribunal, oído el Ministerio Fiscal, el que valore definitivamente la conveniencia concreta de tal separación respecto al interés personal del incapacitado, decretándola o no.

Esta solución, que tiene indudables apoyos en el Derecho positivo, se basa además, como hemos intentado demostrar, en la propia *ratio* del límite legal que significa el carácter personalísimo en las acciones de estado, y en los principios que rigen la incapacidad de obrar, concretamente en la idea fundamental de que dicha situación es sólo protectora, casi «privilegiadora», pero nunca jamás obstaculizadora del beneficio neto del incapaz.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Javier LARENA BELDARRAIN, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Óscar MONJE BALMASEDA, María del Carmen PLANAS ARNALDOS, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ**

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. Reglamento comunitario. Concesión mercantil.—El primer motivo de casación alegado en este caso, está dedicado a combatir la plena validez de la cláusula novena del contrato por medio del cual la demandada, *Mercedes-Benz España, S.A.*, otorgó a la actora un contrato de concesión, con la exclusividad convenida para la provincia lucense, sobre comercialización de automóviles y accesorios de la marca de la concedente.

Por la referida cláusula, la concesionaria se comprometía a esforzarse en lograr el máximo de ventas de las mercaderías objeto de la concesión, fijándose unas unidades mínimas de compra por acuerdo entre las partes y, de no llegarse a dicho concierto, la concedente se reservaba su determinación «a partir de las estimaciones de venta por un período de doce meses», llegándose en caso de incumplimiento reiterado a la resolución de la relación negocial.

El pacto referido no vulnera el artículo 1256 CC, en cuanto ha sido libremente acordado y, por tanto, no impuesto, siendo elemento esencial de la relación contractual la fijación de objetivos de venta, revistiendo condición básica si no se alcanzan dichos objetivos establecidos, como dice la S de 8 de

noviembre de 1995, lo que habilita la resolución por incumplimiento y sin indemnización, conforme a lo previsto.

Refuerza tal conclusión la interpretación que ha de darse al artículo 1256 CC en relación al 4-1-3) del Reglamento Comunitario 123/1985, sobre distribución, servicios de venta y de postventa de vehículos automóviles, que actúa como exención al artículo 85.3 del Tratado de la CEE y al que la sentencia de primera instancia hace referencia.

Los Reglamentos comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros, desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el derecho interno español, ya que su aplicación es prioritaria incluso a las leyes, lo que no sucede con las Directivas, que sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación.

De este modo, el Reglamento citado ha de ser respetado, dada su imperatividad, en lo relativo al ámbito negocial previsto respecto a la distribución comercial en exclusiva de automóviles que relaciona a fabricantes o concedentes con los concesionarios designados.

El referido Reglamento contempla como obligaciones del concesionario la del esfuerzo en un primer plano y de resultado en segundo lugar, refiriendo aquél a actividad para dar salida durante un período determinado a los productos objeto de la concesión, es decir, comercializar con efectividad un número mínimo de vehículos, lo que actúa como indicador de la buena o mala gestión que incumbe al distribuidor de la marca.

La fijación de los mínimos en el contrato de la concedente resulta correcta, pues lo prevé el artículo 4-1-3) del Reglamento 123/1985 y, si bien se precisaba en principio acuerdo entre las partes, al no producirse el mismo, su fijación se realiza basándose en cálculos provisionales de las ventas del concesionario, lo cual fue reformado por el nuevo Reglamento 1475/1995, no aplicable al supuesto que la sentencia que reseñamos resuelve, al disponer, en beneficio del concesionario y a efectos de instaurar equilibrio e igualdad contractual que, de darse desacuerdo, será un perito independiente el que precise el número mínimo de productos contractuales a los que debería dar salida anualmente la distribuidora.

La relativa unilateralidad del Reglamento 123/1985, no deja de ser vinculante al haberse incorporado al contrato de concesión y autorizarlo la norma comunitaria, sin que en su aplicación la mercantil *Mercedes-Benz España, S.A.* hubiera actuado de forma abusiva. Por todo ello, se estima que se ha producido incumplimiento y hace aplicable la cláusula de resolución del contrato y, si bien la cláusula novena dice que el incumplimiento ha de ser reiterado, la propia esencialidad del negocio de concesión de automóviles impone la exigencia del cumplimiento de objetivos mínimos.

En cuanto al segundo motivo de casación, la improcedencia de la prueba pericial propuesta resulta, a juicio del TS, una decisión correcta y, por lo tanto, adecuada, al estar autorizada por los artículos 566, 866 y 867 LEC, ya que su artículo 611 resulta imperativo en cuanto exige proponer con claridad y precisión el objeto sobre el que ha de recaer el reconocimiento pericial.

No toda denegación de prueba genera indefensión, pues corresponde a los Tribunales de instancia controlar su pertinencia y práctica, decisión que en casación ha de ser respetada si resulta racional y justificada, siendo preciso demostrar, conforme a doctrina constitucional, que la celebración de la prueba no llevada a cabo tendría trascendencia decisiva en el fallo. El conjunto

probatorio debidamente valorado por el Tribunal de instancia, resulta suficiente para acreditar que la fijación unilateral de los mínimos de venta por la recurrente, resultó correcta y adaptada a lo pactado.

Por último, con respecto al tercer motivo alegado, el TS señala que es conocida la doctrina jurisprudencial que proclama que las sentencias absolutorias no pueden tacharse de incongruentes, salvo en contadas excepciones, y cuando se produce desestimación total de la demanda, como aquí ocurre, es evidente que se resuelve sobre la petición en forma de inadmisión, pues el Tribunal de instancia no tuvo en cuenta para nada, y por ello no aplicó, la compensación judicial que exige fijar dualidad de títulos y créditos debidamente reconocidos, lo que no ha tenido lugar. (**STS de 2 de marzo de 2001; no ha lugar.**)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Madrid trató el juicio declarativo de menor cuantía que promovió la demanda de *Auto Lugo S.L.*, en la que solicitó que se declarase, entre otros extremos, no ser conforme a derecho la rescisión de la concesión que *Auto Lugo, S.L.* poseía hasta ese momento. El Juzgado dictó sentencia el 28 de junio de 1993 desestimando tal demanda, razón por la que la parte actora promovió apelación que fue resuelta por la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 26 de diciembre de 1995, estimando en parte el recurso presentado. Por tal motivo, la demandante presenta recurso de casación conforme a los tres siguientes motivos: Primero.—Infracción de los artículos 1091 y 1256 CC, al amparo del artículo 1692.4.^º LEC; Dos.—Por el 1692.3.^º LEC, alegando la violación de los artículos 566 y 610 de la misma; y Tres.—Al amparo de los números 3.^º y 4.^º del artículo 1692 LEC, por infracción de su artículo 359, 24 CE y 1156 y 1195 a 1202 CC. (*J. L. B.*)

2. Pacto en exclusiva sobre estación de servicio con suministro de carburante. Reglamento comunitario.—Los varios contratos que las partes celebran en el presente caso, al amparo del principio de autonomía de la voluntad consagrado en materia contractual en el artículo 1255 CC, obedecen a una finalidad económica unitaria como es facilitar los medios materiales para la puesta en funcionamiento de la estación de servicio que, a su vez, constituye el instrumento imprescindible para que la demandada pudiera llevar a cabo el suministro de carburantes. Así, no existe ningún dato objetivo que permita concluir la voluntad común de las partes de independizar las relaciones dimanantes del préstamo de las restantes que concertaron las partes.

Con respecto al motivo segundo del recurso de casación presentado, se trata de demostrar que no se ha cumplido el presupuesto integrador del *dies a quo*, puesto que, éste no era, sino el relativo a un Acta otorgada de mutuo acuerdo por las partes que recogiera el momento de la puesta en marcha o, en su defecto, el permiso de apertura del Ayuntamiento de Bilbao, y que todo ello, además, no se ha recogido a pesar de que el *factum* de la sentencia recurrida también efectuó las reseñadas menciones de puesta en marcha y entrada en funcionamiento con referencia al pago del préstamo y duración del contrato.

Sin embargo, el motivo no se acepta, ya que, por la propia Sala *a quo* se entiende que el plazo empezará a contarse desde el momento de la puesta en marcha de la estación de servicio, por lo que, el añadido de que será preciso

el otorgamiento por las partes del Acta, no viene sino a ratificar formalmente ese hecho básico de la puesta en marcha de dicha estación de servicio, razón por la cual, la Sala considera que habiendo sido evidente tal puesta en marcha del funcionamiento de dicha estación de servicio, ello es determinante del comienzo del plazo de amortización. Asimismo, el TS señala que no aprecia infracción del artículo 1281 CC, sobre la interpretación realizada por él con anterioridad por STS de 25 de octubre de 2000, a cuyo tenor, «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive, del Código civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal, y todo ello resulta coincidente con la reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 2 de noviembre de 1983, 3 de mayo y 22 de junio de 1984, 10 de enero, 5 de febrero, 2 de julio y 18 de septiembre de 1985, 4 de marzo, 9 de junio y 15 de julio de 1986, 1 de abril y 16 de diciembre de 1987, 20 de diciembre de 1988 y 19 de enero de 1990).

El tercer motivo alegado es igualmente rechazado, porque cualquiera de los argumentos, instrumentos o documentos que se alegan en el mismo, lo que tratan es de desvirtuar el contexto probatorio que extrae la Sala sentenciadora de los documentos citados y, sobre todo, porque se aduce que los tres documentos en que se funda el razonamiento de la sentencia del Tribunal de la Audiencia de Vizcaya, tienen que ser situados en su tiempo y época, por expreso mandato del párrafo primero del artículo 1218 CC. Es sabido asimismo que, en torno al incumplimiento de los contratos, prevalece inicialmente lo resuelto por la Sala sentenciadora, tal como señala la STS de 25 de octubre de 2000, conforme a la cual, «...siendo jurisprudencia de esta Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía, el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es cuestión de hecho, impugnable por el número 4 del artículo 1692 LEC, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión "voluntad deliberadamente rebelde", que sería tanto como exigir dolo (STS de 18 de noviembre de 1983) bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes, sin precisarse una tenaz y persistente resistencia obstativa al incumplimiento (STS de 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985) se reitera en definitiva el incumplimiento acreditado por la sentencia de la Sala *a quo*, auténtica *quaestio facti* que debe prevalecer por todo lo razonado...».

Con respecto al cuarto y quinto motivos casacionales, señala el Supremo que tampoco resultan admisibles ya que, del propio contenido de la cláusula decimocuarta del contrato suscrito entre las partes, no se deriva impedimento alguno para que la Sala tenga en cuenta como norma genérica determinante del incumplimiento, la nuclear inserta en el artículo 1124 CC, amén de que, en caso alguno, puede pugnar su aplicación con un supuesto pacto de *lex commissoria*, porque del contenido de dicha cláusula no puede derivarse la inadecuación de la aplicación del citado artículo 1124 CC.

En definitiva, si ese pacto comisorio intercalado contempla como premisa el «incumplimiento grave de cualquiera...» para luego proceder al rito establecido, es claro que habrá de apreciarse previamente si acontece o no ese incumplimiento, por lo que el artículo 1124 CC es norma básica que ni tan siquiera se anula cuando aquel pacto está fijado *ope legis*, en el supuesto del significado artículo 1504 CC.

Por último, señala el TS con respecto al sexto motivo de casación alegado, que la sujeción del citado Reglamento 1984/1983 se establece en los términos recogidos en S de 2 de marzo de 2000, que expresa: «...los reglamentos comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el Derecho interno español, ya que su aplicación es prioritaria incluso a las leyes, lo que no sucede con las Directivas que, en términos generales y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación...».

Por ello, no cabe ninguna duda que el Reglamento 1984/1983, de la comisión de 22 de junio de 1983, tiene un efecto directo en las relaciones entre particulares de los Estados miembros, de modo que la normativa establecida en el mismo deberá ser aplicada a los acuerdos de compra exclusiva de las categorías comprendidas en el mismo, acuerdos de larga duración para la venta de cerveza en establecimientos de bebidas (contratos de suministro de cerveza) y de productos petrolíferos en estaciones de servicio (contratos de estaciones de servicio). Por tanto, en virtud de lo dispuesto en ese artículo 12 del referido Reglamento, quedan excluidos de la excepción a la aplicación del artículo 85 del Tratado, que prohíbe determinar categorías de prácticas concertadas, los contratos de suministro de estación en exclusiva que se celebren por duración indeterminada o por más de diez años.

No obstante, el párrafo 2.^º del artículo 12 excluye lo dispuesto en la letra *c*) del apartado 1.^º cuando el acuerdo se refiere a una estación que el proveedor haya arrendado al revendedor cuyo usufructo le haya concedido de derecho o de hecho, se le podrán imponer las obligaciones de compra en exclusiva y las prohibiciones de competencia contempladas en el mismo durante todo el tiempo que dure el cual explote efectivamente la estación de servicio, debe reconocerse plena validez al pacto de exclusiva por plazo de treinta y cinco años concertado en el contrato de autos pues el proveedor en dicho contrato se comprometió a ceder gratuitamente el uso de todo el equipo necesario de la estación de servicio, que era de su propiedad, y a transmitirla gratuitamente al comprador transcurridos los treinta y cinco años pactados para la duración del contrato, situación que, dada la importancia económica del valor del equipo, resulta elemento imprescindible para el desarrollo de la actividad propia de estación de servicio que se considera equiparable a los supuestos contemplados en el apartado 2.^º del artículo 12.

Por todo ello, el TS estima que de declarar ineficaz el pacto en exclusiva, habría de decretarse igualmente la inexistencia del contrato suscrito por los litigantes en su integridad, al desaparecer con la supresión de la cláusula de exclusiva la que constituye la causa del contrato para el proveedor (arts. 1274 y 1261 CC) y en evitación del enriquecimiento sin causa, que obtendría el titular de la estación de servicio con la supresión de la exclusiva, situación que no puede ser amparada por una resolución judicial. (STS de 15 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Bilbao, fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de *Gabai, S.A.*, contra *Petróleos del Norte, S.A.*, sobre resolución de contrato. A este respecto, el Juzgado citado dictó sentencia con fecha 16 de febrero de 1994, desestimando la demanda. Frente a dicha resolución, se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao resolvió con fecha 27 de noviembre de 1995, desestimando igualmente aquél.

Finalmente, *Gabai Oil, S.A.*, formalizó recurso de casación fundado en los siguientes motivos: Primero.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como normas que se consideran infringidas han de citarse los artículos 1740 y 1218, ambos del Código civil, así como la jurisprudencia relativa a los mismos; Segundo.—Al amparo del mismo precepto, entendiendo como infringida la regla hermenéutica del artículo 1218.1 CC y la jurisprudencia respectiva; Tercero.—Amparándose en idéntica norma, considerando infringido el artículo 1225 CC en relación con el 604.2 LEC; Cuarto.—Con igual amparo normativo, citando como precepto infringido el artículo 1124.1 CC; Quinto.—Amparándose en el referido artículo 1692.4.^º LEC, estimando infringidos por inaplicación los artículos 1091, 1254, 1255, 1258, 1281 y doctrina sobre el artículo 1224 en relación con el *pacto lex commissoria*; y Sexto.—Al amparo del mismo precepto, citando como infringidos el artículo 12.2 del Reglamento (CEE) núm. 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de Roma, a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, al aplicar la sentencia dicho precepto a un propietario de Estación de Servicio. Igualmente, se cita el artículo 12.1.c) del precitado Reglamento comunitario, al considerar válido el pacto de exclusiva a pesar de pactarse por una duración superior a los diez años. (J. L. B.)

3. Invocación y prueba del derecho extranjero.—Se considera el derecho extranjero como cuestión de hecho (SS: de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997). Los órganos judiciales tienen la facultad de colaborar con los medios de averiguación; sin embargo ello no conduce a la existencia de una obligación, ya que en España no se aplica de oficio la ley extranjera, cuando no ha sido alegada suficientemente (SS de 9 de noviembre de 1984, 23 de octubre de 1992 y 10 de marzo de 1993). El artículo 12.6.^º CC no se refiere al derecho material, distinto de las normas de conflicto, que sí deben ser observadas de oficio (STS de 31 de diciembre de 1994). El artículo 10.5 CC nos remite a la norma de conflicto a la que las partes se hayan sometido expresamente. No obstante existen casos en los que los órganos judiciales se ven imposibilitados para fundamentar la aplicación del derecho extranjero, bien porque no se acredita su identidad y alcance, bien porque no se realiza actividad probatoria alguna por la parte que lo alega. En los supuestos especificados, se resuelve la cuestión según las normas de derecho sustantivo del ordenamiento jurídico español, «para no dejar imprejuzgada la pretensión deducida en la demanda» (FD 5.^º).

Estimación del silencio de los demandados.—La carencia de cualquier discusión o respuesta en torno a los hechos o afirmaciones de la actora en su escrito de contestación, se entiende como tácita conformidad con los mismos. (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—*Norbanken Luxembourg* había formulado demanda en reclamación de cantidad contra A. *Stromsmoen* por impago de cuotas de amortización objeto de un préstamo concedido al demandado en el que se había pactado expresamente que el contrato se consideraba finalizado y debía ser interpretado de acuerdo con la legislación del Gran Ducado de Luxemburgo. El Juzgado de Villa-joyosa acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón del territorio. La Audiencia Provincial de Alicante, recurrida la sentencia, la revoca parcialmente entrando al conocimiento del fondo del asunto, desestimando la demanda y afirmando la validez del pacto de sumisión de la legislación de Luxemburgo, según artículo 10.5 CC, que impone que sea la parte demandante quien acredite el contenido y vigencia del derecho extranjero y no el propio Tribunal. Se recurre en casación con el único motivo de infracción de jurisprudencia que ha interpretado el artículo 12.6 CC.

NOTA.—Existe polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la acción del principio *iura novit curia* en el Derecho extranjero. Se centra en la consideración del Derecho extranjero como verdadero Derecho o como simple hecho (a efectos procesales). En este último supuesto corresponderá a las partes su prueba; no obstante, si se le atribuye valor normativo, regirá el principio mencionado. Para Fernández Rozas («Art. 12.6 CC» en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I) en el artículo 12.6 se presenta esta función a través de la colaboración entre el juez y las partes. Los interesados alegan el derecho extranjero que estimen aplicable; sin embargo, si el juez conoce la normativa extranjera, debe darle aplicación. La colaboración del juez ha sido matizada por el TS, declarando esta posibilidad como meramente potestativa. (P. S. S.)

4. Abuso de derecho.—A partir de la STS de 14 de febrero de 1994, se establecen las líneas fundamentales: consiste en el uso de un derecho legal, produciendo un daño a un interés que no se halla protegido por una específica prerrogativa jurídica, junto a la exigencia de inmoralidad o antisocialidad del daño, ya sea de manera objetiva o subjetiva, según el daño proceda de la anormalidad en el ejercicio del derecho o cuando se actúe con la intención de perjudicar. Se expresa que «en sentido estricto, quien usa de su derecho no puede cometer abuso alguno, abusa quien ejecuta un derecho que realmente la Ley no le ha concedido». La conducta que excede de lo habitual, como la apertura de cuentas corrientes en distintas entidades bancarias, siendo una posibilidad permitida dentro del mercado bancario abierto a cualquier particular, no causa daño alguno, ni supone un manifiesto abuso de derecho.

Límites al abuso de derecho.—Las limitaciones del derecho subjetivo son claras en el orden moral, teleológico y social, impuestos por la equidad o la buena fe. En los casos en los que dichos límites son traspasados con daños a terceros se incurre en responsabilidad. Ello lleva consigo indispensablemente el arbitrio judicial al concretar los límites del derecho subjetivo de

acuerdo con su fin, creando con esto cierto margen de inseguridad; no obstante «el examen subjetivo de la conducta del agente en función del móvil y del fin, está limitado objetivamente por la función social que corresponde al derecho ejercitado». Se imposibilita su invocación cuando un precepto legal sanciona de manera expresa el exceso pernicioso en el ejercicio de un derecho; de ahí que se constituya el abuso de derecho como «institución de equidad para la salvaguarda de intereses que todavía no alcanzan una protección jurídica...» (STS de 25 de septiembre de 1996).

Fraude de ley.—Según doctrina reiterada del TS, consiste en el daño o perjuicio conseguido mediante un medio que infringe deberes jurídicos generales; debido a la evasión de las reglas de derecho, resulta un acto *contra legem*, aunque sin enfrentamiento frontal, sino mediante una norma de cobertura indirecta, de manera que «el *frau alterius* ...implica con carácter general un *frau legis* que requiere como elemento esencial una serie de actos que violen el contenido ético de los preceptos en que se amparan», con independencia de la existencia de conciencia de burlar la ley (SS de 6 de febrero de 1957, 13 de junio de 1959, 2 de mayo de 1984, 1 de febrero de 1990, 20 de junio de 1991, 17 de marzo de 1992, 29 de julio de 1996). (STS de 21 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Don Carlos A. F., socio de la Unión de Consumidores de España (asociación privada sin ánimo de lucro) contrató con el Banco Exterior de España la apertura de una cuenta corriente, con fecha de 26 de septiembre de 1991, así como con varios bancos, con pequeñas cantidades, con la intención de aprovechar esos contratos bancarios para demandar, junto a la Unión de Consumidores de España, a los mismos por nulidad de las condiciones generales impuestas, claramente favorables a las entidades bancarias. Se presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad parcial de las condiciones generales del contrato de cuenta corriente del Banco Exterior de España, por vulneración del artículo 10 de la Ley de 26/1984 de 19 de julio. Se estima parcialmente la demanda, recurriéndose en apelación por parte del Banco, siendo estimado en la Audiencia. Don Carlos A. F. y la UCE recurren en casación, alegando entre otros motivos, la interpretación de los artículos 6.4 y 7.2 CC.

NOTA.—Los razonamientos del Tribunal en esta sentencia siguen la línea encaminada por la doctrina. Se afirma que el ejercicio abusivo consiste en sobrepasar manifiestamente los límites normales del derecho. Dicha normalidad se aprecia dependiendo de las costumbres y concepciones de cada época (De Angel Yagüez en voz «Abuso de derecho», *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I). Es necesario que el abuso sea patente y manifiesto, ejercido con intención de daño sin provecho para el agente (SS de 4 y 20 de febrero de 1992) Claramente continúa con la línea argumentativa abierta en la STS de 4 de marzo de 1992, que declara la inexistencia de abuso de derecho cuando se utiliza una acción que el ordenamiento le proporciona en su propio beneficio. El TS acude a la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit* para afirmar que no existe abuso de derecho cuando se ejerce el mecanismo judicial para hacer valer una atribución, sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe

(STS de 28 de febrero de 1959, 12 de noviembre de 1960, 5 de enero de 1977, 22 de abril de 1968, 5 de diciembre de 1980, 5 de noviembre de 1982, 17 de marzo y 23 de octubre de 1984, 17 de septiembre de 1987).

En cuanto a la confusión entre fraude de ley y abuso de derecho, De Angel Yagüez matiza la distinción en que en esta última figura significa una extralimitación del poder que forma el contenido de un derecho subjetivo, mientras que el fraude de ley existe un mal uso del Derecho objetivo, utilizándose erróneamente sus normas. (P. S. S.)

5. Requisitos para reconocer fraude de ley.—Es necesario la concurrencia de una serie de actos contrarios al fin práctico de la norma defraudada, que, tras la aparente legalidad, violan el contenido ético de las normas legales amparadoras (SSTS de 6 de febrero de 1957, 1 de abril de 1965, 1 de febrero de 1990, 20 de junio de 1991 y 23 de enero de 1999). De otro lado, la norma de cobertura no debe dirigirse a su protección directa y expresa («bien por no constituir el supuesto normal, bien por ser un medio de vulneración de otras normas, bien por tender a perjudicar a otros». No se requiere prueba de intencionalidad. Se configura por la presencia de dos normas: la de cobertura, a la que se acoge, y la norma eludible o soslayable.

Poder de realización del acreedor sobre los bienes hipotecados.—Los artículos 1876 CC y 104 LH configuran la hipoteca como la sujeción directa e inmediata a los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor. La finalidad de la satisfacción del crédito se alcanza por parte del acreedor mediante la concesión del poder de realización sobre los bienes hipotecados. Se establece el efecto *erga omnes* de la hipoteca, consistente en la sujeción por parte del poseedor del bien al *ius distrahendi* del acreedor (eficacia ejecutiva), que se convierte en propietario de la finca ejecutada «por la virtualidad traslativa de la ejecución en pago de deudas» (STS de 30 de enero de 1999).

Procedimiento judicial sumario.—Los artículos 129 y ss. LH regulan un procedimiento de realización de valor en cambio de la finca hipotecada, carente de fase contenciosa. Nos hallamos ante una acción directa contra los bienes hipotecados, cuyo trámite previo consiste únicamente en la comprobación de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito. Por otro lado, requisito esencial para su existencia son los elementos susceptibles de ser previstos en el momento de constitución de la garantía hipotecaria (SS de 9 de febrero de 1943, 14 de marzo de 1959, 24 de marzo de 1983). (**STS de 26 de febrero de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Por escritura pública de 6 de noviembre de 1992, los esposos don Jose María B. V. y doña Rogelia M. V. constituyeron hipoteca sobre tres fincas a favor del Banco Español de Crédito. Dos de ellas fueron adjudicadas a la entidad bancaria (destinada una como industrial a fábrica de aceites), según el artículo 131 LH. Mediante escritura pública de 7 de junio de 1993, los cónyuges aportaron las dos fincas reseñadas a la empresa Quesos y Aceites de Fabara, sin hacer constar las hipotecas que las gravaban. Dicha empresa se constituyó en la misma fecha, configurada por los cónyuges y sus hijos. La empresa demandó a la entidad bancaria y a los cónyuges, solicitando se le declarase propietaria y se suspendiese la

adjudicación de las fincas. El Juzgado rechazó la demanda, que fue confirmado en apelación por la Audiencia. La empresa interpone recurso de casación, alegando aplicación indebida del artículo 6.4 CC, infracción del artículo 348 CC, e interpretación errónea del artículo 34 LH. (P. S. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Concepto de derecho al honor.—El derecho al honor está proclamado y garantizado en el artículo 18.1 CE que lo cataloga como un derecho fundamental y que puede estimarse en un doble aspecto o vertiente que deben concurrir en todo caso:

- a) el aspecto interno –inmanencia o mismidad– dentro del parámetro de la íntima convicción o estimación que cada persona hace de sí misma;
- b) el aspecto externo –trascendencia o exterioridad– la valoración social o el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad (STS de 22 de octubre de 1987, 5 de febrero de 1998, 27 de septiembre de 2000).

Concepto de derecho a la libertad de información y de expresión.—A la luz del texto constitucional, «la libertad de expresión y de información –activa y pasiva– son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la 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 (STC 171/1990), reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periodística 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 solo para la libre circulación de noticias, sino también para la libre circulación de ideas y opiniones (STS de 7 de marzo de 2000)».

El derecho de información prevalece frente el derecho al honor.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (del TC y del TS) que cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de la libertad de información y expresión, por un lado, y el derecho fundamental al honor de otro, han de seguirse las siguientes directrices para determinar la prevalencia de uno sobre otro:

- a) que la delimitación de 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 llamados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

La información difundida y transmitida ha de ser una información veraz.—«Para que se dé el amparo constitucional de la libertad de información [art. 20.1 d) de la Constitución], cuando ocurre que los hechos objeto de la misma pueden originar el descrédito, desdoro o des prestigio de una persona, es preciso que concurran dos requisitos. *En primer lugar*, que la información sea veraz y se refiera a asuntos públicos de interés general por

las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen (SSTC 240/1992, 3/1997 y 144/1998). Sólo entonces el derecho al honor cede ante la libertad de información que no sólo tiene aspecto de derecho y de deber, sino que sobre todo es una pieza esencial en la configuración del Estado democrático garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo (STC 199/1999). Esta veracidad exigible no se identifica con la realidad incontrovertible de los hechos que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de solamente aquéllos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 297/200), pues la protección constitucional se dispensa a las opiniones *veraces*, no sólo a las objetivamente verdaderas, como se desprende del propio texto del artículo 20.1 d) CE. La total exactitud puede ser controvertida (STC 192/1999) y cabe admitir que se incurra en errores circunstanciales o resulte una información incompleta que no afecte a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 40/1992 y 192/1999). La veracidad está reñida con la transmisión de suposiciones. Meras invenciones, insinuaciones insidiosas, noticias gratuitas o infundadas o simples rumores carentes de toda constatación (SSTC 6/1988, 171/1990, 139/1995 y 200/1998). Numerosas resoluciones del TS y TC hacen referencia al desarrollo de una actitud diligente a fin de comprobar la realidad de los hechos, exigencia que debe ponderarse en un deber de racionalidad, con máxima intensidad cuando pueda suponer descrédito ajeno (SSTC 240/1992, 178/1993, 200/1998), si bien la utilidad social pueda actuar como paliativo que aporte una mayor flexibilidad en la materia. Ha de tratarse de una información rectamente obtenida y difundida, aún cuando su verdad objetiva sea controvertible. *El segundo de los requisitos* se refiere al interés y relevancia de la información divulgada en tanto que la libertad de información se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados como noticiales porque existe un interés general en el conocimiento de datos o antecedentes sobre los que versa. Para valorar la trascendencia pública de una noticia se pueden tener en consideración diversos elementos (SSTC 210/1992, 41/1994, 144/1998): así el interés público *strictu sensu* como contribución a la formación de una opinión pública libre, el carácter público de la persona objeto de información y el medio de comunicación utilizado (STS de 16 de marzo de 2001)».

La actuación profesional de algunas personas les priva de su carácter privado.—En la sentencia anotada el aparejador, yerno del Fiscal de Grado al que se le paralizan las obras, no puede negar su carácter de persona pública «haciendo especial hincapié en su condición de industrial privado y que la información efectuada ha afectado de modo relevante a la órbita de sus negocios privados (...). El aspecto público no solo comprende a quienes están investidos de tal condición, sino también a aquéllos que están implicados en asuntos de relevancia pública (STS de 16 de marzo de 2001)». (STS de 4 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *La voz de Asturias* con fecha de 12 de noviembre de 1989 informó que el Ayuntamiento de Candamo iba a presentar una querella contra el Fiscal de Grado, por presuntas amenazas, relatando los hechos acaecidos según la versión obtenida del ayuntamiento y del Alcalde con todas sus incidencias y antecedentes. Con fecha posterior de 17 de noviembre de 1989 el mismo

medio de comunicación informa que la comisión de Gobierno del Ayuntamiento ha acordado remitir al Fiscal General del Estado las actuaciones del Fiscal de Grado para que determine responsabilidades disciplinarias. La periodista que realizó los reportajes se limitó a publicar noticias contratadas por el Ayuntamiento. Los hechos que dan lugar al pleito se basan en la paralización de unas obras en que intervenía el yerno del Fiscal –aparejador–. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado. El TS confirma las dos instancias anteriores. (M. F. N. C.)

7. Derecho al honor: contenido. También abarca la presunción de inocencia.—«El concepto del derecho al honor deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración personal de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás; —siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las SSTS de 24 de septiembre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo y 17 de mayo de 1990) —la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las SSTS de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991) (STS de 24 de febrero de 2000)». Si la información difundida imputa la comisión de un delito con base en *fuentes indeterminadas*, esta información no sólo atenta contra el honor en las dos vertientes que lo caracterizan, sino que además implica la vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido por nuestro ordenamiento como garante al presunto culpable (STS 13 de octubre de 2000).

Prevalencia del derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor.—«El derecho a la libertad de expresión es preferente sobre el derecho al honor cuando la injerencia está justificada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes concretas, esto es que verse sobre hechos de trascendencia pública así como que la información sea veraz (SSTC 6/1998, 41/1994, 320/1994) o lo que es lo mismo, sea comprobada excluyendo las invenciones, los rumores o meras insidias (STC 13/1995) o, pese a ser errónea la información, el informador haya empleado la diligencia exigible a un profesional para comprobar la veracidad de los hechos públicamente denunciados (SSTC 6/1998, 6/1996, 28/1996) (STS 23 de abril de 2001)».

Veracidad de la información. Fuentes indeterminadas.—La STC 21/2000 al abordar el problema de las *fuentes indeterminadas* ha declarado que «el deber de diligencia debe exigirse en su máxima intensidad, ya que la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia. Junto a estos datos también ha de tenerse en cuenta que aunque la información difundida pueda considerarse de gran trascendencia —se está denunciando corrup-

ción en el ámbito de la Administración Pública– la utilidad social de la misma podía haberse conseguido de igual modo denunciando las irregularidades detectadas pero sin dar como cierto un hecho –el pago de comisiones millonarias– que podía constituir un ataque al honor de las personas a las que se refería la información y sobre cuya veracidad no existía más prueba que las informaciones suministradas por fuentes indeterminadas». Cuando el origen de la fuente de información es indeterminado el TS ha señalado que «el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (STC 172/1990), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información (SSTC 123/1993; 6/1995)». (STS de 13 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.–El origen de este pleito dimana en la publicación de un libro titulado *La red de Galindo* en donde se da a conocer la implicación del demandante, como personaje central o principal, en una red de actividades de narcotráfico, contrabando y prostitución, todas ellas delictivas y tanto más reprobables cuanto que el demandante habría intervenido en las mismas desde su condición de mando de la Guardia Civil con un relevante papel en la lucha antiterrorista. Las informaciones a partir de las cuales se desarrolla la trama argumental del libro, unas tienen constatación en hechos oportunamente comprobados, mientras que otras lo hacen en fuentes indeterminadas. El demandante solicita le sea reconocido la intromisión en su derecho al honor con las consecuencias económicas y jurídicas que de dicha intromisión implica a tenor de la Ley 1/1982. El Juzgado de Primera Instancia falla a favor del demandante. La Audiencia y el TS confirman la instancia anterior.

NOTA.–La información vertida en base a fuentes indeterminadas cuya consecuencia es la intromisión en el derecho al honor no es equiparable a las informaciones vertidas por un medio que reproduce *informaciones neutras*. La comprobación de la veracidad de la noticia por el medio que utiliza informaciones neutras «no es equivalente a la diligencia exigible a la que se impone en la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propios (...). La exigencia del control de fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conductas desproporcionadamente graves en relación con la finalidad por ella perseguida. Deslindando el campo de lo que es noticia, el mínimo de diligencia exigible ha de entenderse que abarca a la entidad de la noticia valorada en relación con su conexión material con el objeto del debate público y a la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de los

datos transmitidos, para evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente de cobertura a meras suposiciones o rumores absolutamente injustificados para cualquier sujeto mínimamente atento (STS de 18 de abril de 2000)». (M. F. N. C.)

8. Concepto del derecho al honor.—«El concepto del derecho al honor deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración personal de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás; —siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las SSTS de 24 de septiembre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo y 17 de mayo de 1990); —la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso (desde las SSTS de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991) (STS de 24 de febrero de 2000)».

Prevalencia del derecho al honor sobre el derecho a la información.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que para determinar la prevalencia de uno de estos derechos fundamentales sobre el otro hay que atender, inicialmente, al resultado de dos criterios: en primer lugar, hemos de centrarnos en cada caso concreto sin fijación apriorística de los límites entre ellos y en segundo lugar, esta ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos llamados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información.

Sin embargo, como criterio complementario a los enunciados es imprescindible, para el correcto ejercicio de la libertad de información, que la noticia verse sobre hechos de trascendencia pública, en sentido de noticiables, y que la información facilitada sea veraz. Respecto al primer requisito «la noticia transmitida versa sobre hechos de interés general cuando tienen trascendencia política, social y económica (SSTS de 4 de marzo de 2000, o 13 de abril de 2000, entre otras anteriores y posteriores a esta fecha)». «La veracidad de la información no debe confundirse con la exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994, entre otras muchas)». Determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de actuación del mismo. A este respecto las SSTC 139/1995 y 6/1996 establecen que «la verdad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia a fin de contrastar debidamente la información». Por esta razón la STC 320/1994 declaró que la veracidad de la que se informa «no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores carentes de toda contestación, bien meras

invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado».

En la sentencia anotada, una vez contrastado el supuesto de hecho con los criterios de ponderación generales, debemos acudir a los criterios complementarios a los anteriores para determinar la veracidad de la información suministrada en la doble vertiente en que ésta se dibuja según reiterada jurisprudencia del TC. Sin lugar a dudas podemos decir que los hechos narrados por el *Diario de Baleares* corresponden a una noticia de interés general en cuanto a su trascendencia social pues se limita a poner de manifiesto el seguimiento de un sumario relativo a hechos relevantes en la comunidad mayorquina debido a las ingerencias cometidas por una comadrona en el ámbito de su esfera laboral. Sin embargo, creemos que de ningún modo se cumple la segunda vertiente que ha de caracterizar a la veracidad de la información vertida. No por la ausencia de una verdad incontrovertible con los hechos, sino debido a la falta de diligencia del periodista a fin de contrastar debidamente la información. La causa penal abierta contra la comadrona finalizó sin auto de procesamiento, circunstancia que se omite en la publicación, es decir, falla «el deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida (STS de 25 de septiembre de 1999)». Además, la actuación del mencionado diario no solamente obvia la verosimilitud de lo sucedido sino que además incurre en sensacionalismo en cuanto que «hace constar datos innecesarios que de forma tendenciosa distorsionan la realidad y crean la apariencia de que la Sra. G.V. era la autora de graves delitos con lo que se produjo una creencia en los lectores que no se correspondía con la realidad (STS de 19 de octubre de 2000)».

Concepto de imagen a efectos de la Ley 1/1982.—«Cuando en la demanda se hace referencia a la imagen no se alude a aquel supuesto normativo que comprende la acepción de efigie, fotografía o aspecto físico, es decir, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, o representación visible de figura humana identificada o identificable (SSTS de 26 de marzo de 1993; 21 de octubre de 1996, 21 de octubre y 17 de diciembre de 1997; 30 de enero y 18 de julio de 1998) sino a la faceta de imagen personal o pública correspondiente a la acepción semántica que cabe atribuir a dicho significante de *consideración que una persona tienen a los demás* (STS de 19 de octubre de 2000)», es decir, afecta al derecho al honor en su dimensión externa en cuanto menoscaba la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás. (**STS de 19 de octubre de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—El pleito del que dimana esta sentencia tiene su origen en una serie de reportajes periodísticos aparecidos en el *Diario 16* de Baleares, en un período comprendido entre los meses de noviembre de 1988 a junio de 1991 en lo que pretende ser un seguimiento del sumario 56/1988 en virtud de una denuncia formulada por R. C. C. quien afirma que le sustrajeron a su hija recién nacida en el Hospital General de Palma, el día 1 de agosto de 1966, horas después del parto. Las informaciones publicadas dieron lugar a la demanda interpuesta por A. G. V. por intromisión ilegítima en el derecho al honor, y a su propia imagen con evidente desmerecimiento

personal, profesional y social resultante de las publicaciones efectuadas, pues las mismas le atribuían que en su condición de comadrona llevó a cabo: cambio de niños, la intervención en supuestas falsificaciones o alteraciones en los legajos de abortos, así como las hipotéticas ventas de bebés de madres solteras en el Hospital General. El Juzgado de Primera Instancia declara la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante y al pago de cinco millones de pesetas por los daños sufridos. En grado de apelación se desestima el recurso interpuesto por los demandados. El TS confirma las dos instancias anteriores. (M. F. N. C.)

9. Requisitos que ha de cumplir la información vertida por un medio para su prevalencia frente al derecho al honor.—Para que se dé el amparo constitucional de la libertad de información [art. 20.1 d) CE] es preciso que concurran dos requisitos: «que la información sea veraz y que se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias sobre las que versa o por las personas que en ellas intervienen (entre otras, SSTC 240/1992, 3/1997 y 144/1998)». «Sólo entonces el honor cede ante la libertad de información que no sólo tiene aspecto de derecho y deber, sino que sobre todo es una pieza esencial en la configuración del Estado democrático garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo (STC 199/1999)». Junto al interés o relevancia pública del asunto o del personaje en cuestión y la veracidad de la información vertida, la sentencia anotada exige que «los términos empleados (en la redacción de la noticia) no excedan de los que sean habituales dentro del marco de los usos sociales en cada momento (STS de 15 de diciembre de 2000)». En el supuesto en cuestión la noticia aparecida en el diario de información *El Independiente* versaba sobre hechos veraces referidos a un asunto público de interés general que tuvo enorme divulgación en España en el año 1989, concretamente el asesinato de un alto cargo del ejército español por una banda terrorista. El significado de la expresión «cachorros de la ultraderecha española con sed de venganza» con la que se alude a los hijos del citado alto cargo no exceden, a tenor de la resolución del TS, del significado habitual dentro del marco de los usos sociales. El término *cachorro* no produce un menoscabo en el honor de los aludidos por cuanto debe entenderse como apelativo en el lenguaje popular cuyo significado es el de «joven o nueva generación». Por otro lado, la expresión *sed de venganza* tiene su origen en las propias declaraciones de uno de los demandantes a otro medio informativo cuando fue preguntado sobre su estado de ánimo tras el fallecimiento de su padre. Estas expresiones, en ningún momento, sobrepasan el fin informativo, dando un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado atendiendo a las circunstancias en que se propició la información y a las fuentes que se utilizaron como referentes en la misma. (STS de 15 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa gira en torno a si el contenido de dos artículos publicados en el diario *El Independiente*, con fecha de 13 de diciembre de 1989, titulados «Familiares de militares asesinados por ETA investigados por el atentado Muguruza» y «Cachorros ultras con ánimo de venganza» constituyen o no un ataque o intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes. El Juzgado de Primera Instancia falla a favor del periódico demanda-

do. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia admite el recurso y falla a favor de estos últimos considerando la información vertida en ambos artículos como atentatoria del derecho al honor de los mismos. Sustanciado recurso de casación por los demandados, el TS falla a favor de éstos, revocando la sentencia de apelación y confirmando la instancia. (M. F. N. C.)

10. Contenido de la libertad de expresión y de información. Vinculación entre ambos.—El artículo 20.1.a) y d) CE establece como derechos fundamentales los que expresan y difunden libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; así como para comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Del mismo modo, el artículo 10.2 del mencionado cuerpo normativo 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, el artículo 19 de la citada Declaración dice que todo el mundo 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, «la libertad de expresión y de información –activa y pasiva– son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la 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 sentencia 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 (171/1990), reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periodística 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 (STS de 7 de marzo de 2000)».

En resumen, se puede decir que el derecho fundamental de la 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.

El contenido del derecho a la libertad de expresión no alcanza a los insultos.—«El TC y el 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 transmiten son sus opiniones o juicios no necesitados de verdad objetiva, sino de convicción subjetiva, y así la emblemática STC de 6 de junio de 1990 (105/1990), 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 (SSTS de 11 de octubre de 2000, 18 de junio de 2001)».

Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión y de información. Criterios ponderadores.—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 de democracia. Por ello, la propia Constitución en su artículo 20.4 establece que la libertad de expresión y de información tiene su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de la leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Es doctrina jurisprudencial reiterada (del TC y del TS) que cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de la libertad de información y expresión, por un lado, y el derecho fundamental al honor de otro, el seguimiento de las siguientes directrices:

- a) que la delimitación de 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 llamados de la personalidad, del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información;
- c) 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.

La información difundida y transmitida ha de ser una información veraz. –«La información transmitida ha de ser veraz y, además, ha de estar referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (STS de 7 de marzo de 2001)».

La excepción recogida por el artículo 8.2.b) de la Ley 1/1982 no alcanza al retrato literario. –Dice el mencionado precepto que «el derecho a la propia imagen no impedirá: ... la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social». «La caricatura dibujada, en relación con el derecho a la propia imagen no alcanza al retrato literario de carácter satírico, puesto en relación con los derechos al honor y a la intimidad (STS de 12 de enero de 2001). (STS de 12 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS. –A. H. P. interpone demanda por intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar por los calificativos que le son atribuidos en el diario *La Provincia*, demandando, en consecuencia, al director de la publicación y a la editorial *Prensa Canaria, S.A.* El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda fijando una indemnización que asciende a cinco millones de pesetas. Recurrida la sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial confirma parcialmente la resolución de primera instancia reduciendo la cuantía de la indemnización a dos millones de pesetas. El TS confirma la resolución de apelación.

NOTA. –El derecho al honor debe ponerse en relación con las libertades de información y de expresión, no para señalar prevalencias, sino para fijar límites, ya que el derecho al honor, perfectamente delimitado no se perjudica por las libertades de información y de expresión y, a la inversa, éstas se mantienen y deben ser protegidas cuando no atentan a un derecho al honor, adecuadamente delimitado. En todo caso, estas libertades no amparan las expresiones injuriosas o vejatorias, no pueden ser el vehículo intelectual de la

difamación y de la lesión a la dignidad personal. Calificativos tales como «zángano, parásito ridículo y pretencioso, pobre artículo de bromas, catástrofe natural ...» constituyen graves improperios tendentes a denigrar a la persona. (M. F. N. C.)

11. Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información y de expresión.—En los supuestos en los que colisionan el derecho fundamental al honor y la libertad de información y expresión, la jurisprudencia del TS y TC coinciden: 1.º) en que la delimitación entre ellos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2.º) en que en la tarea de ponderación hay que tener en cuenta la posición prevalente (no jerárquica o absoluta) que posee el derecho a la libertad de expresión y de información frente a los derechos del artículo 18 CE. Para que prevalezca la libertad de información y expresión es necesario que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que sean de interés general.

El TS estima en esta sentencia que prima la libertad de expresión y de información frente al derecho al honor, ya que se trata de una crítica de carácter profesional que no supone ni insulto, ni menosprecio grave. Por otra parte, el artículo periodístico goza de indudable interés público al afectar a un servicio médico hospitalario. De esta forma el TS considera que no se vulneran ni el artículo 18 CE, ni el artículo 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo.

Libertad de expresión y de información.—El TC ha afirmado tanto que la libertad de información pertenece al ámbito de la libertad de expresión como su autonomía respecto a la misma, y ello se explica porque la libertad de información comprende un conjunto de derechos englobados en la libertad de expresión que cuentan con un perfil propio que los configura como derechos autónomos. Ambas libertades son indisolublemente complementarias y son esenciales como afirma la sentencia «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» (FD 1.º).

Prestigio profesional y derecho al honor.—Aunque ambos conceptos son difícilmente delimitables, no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. La simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor, sin perjuicio de que esa crítica, o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional pueda lesionar el derecho al honor cuando excede de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma según señalan las SSTS de 30 de marzo de 1992 y de 11 de octubre de 1999.

En este supuesto no se ha producido ni intromisión ilegítima en el derecho al honor, ni tampoco desprecio profesional. En la sentencia se afirma que «el prestigio es una entidad que se obtiene a través de valoraciones ajenas, que unas veces pueden ser favorables y otras desfavorables» (FD 1.º). (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña M.ª Asunción M. L., responsable de un servicio médico, interpuso demanda de juicio incidental sobre protección civil al honor como consecuencia de la publicación de un

artículo en el periódico *Mundo Sanitario* En el citado artículo se pide irónicamente el cese o dimisión de la actora, ya que se afirma que durante la ausencia de la misma el servicio había funcionado mejor. La demanda se interpone contra don Benjamín B. R (director del periódico), don Víctor A. M. (editor del periódico) y el sindicato de enfermería SATSE. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia revoca la misma. Posteriormente la sentencia es recurrida en casación.

NOTA.—El TC ha evolucionado en su doctrina acerca de los supuestos de colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información. En una primera fase realizó una interpretación literal del artículo 20.4 CE (que establece como límite expreso y especial de las libertades de expresión e información el derecho al honor) y en sus resoluciones destacaba la primacía del derecho del honor cuando estimaba que se había producido una intromisión ilegítima; sin embargo, tras la STC 104/1986, de 17 de julio, el TC empieza a reconocer la posición preferente de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor (el TS también sigue esta línea en las SS de 26 de abril de 1994, 8 de marzo de 1999, 18 de octubre, 28 de diciembre de 2000 y 30 de enero de 2001, entre otras).

Por último destacamos la STS de 23 de marzo de 1987 que afirma que el derecho al honor «se encuentra integrado por dos aspectos o actividades íntimamente conexionados: el de la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad». (M. C. L. J.)

12. Artículo 20.1.a) CE: reconocimiento de la expresión y divulgación de pensamientos, ideas y opiniones.—«Tal y como se recuerda en la STC 204/1997, este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en relación a los derechos regulados en el artículo 20.1 CE, distingue entre los que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones –concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor– y, por otra parte, el derecho a comunicar información que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados como noticiales (STC 136/1994)». «Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de estas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud (STC 107/1988)», y ello hace que «al ejercitarse la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación (STC 223/1992)».

Respecto a la extensión de las opiniones, pareceres, críticas y comentarios sobre personas ajena debe ser siempre en la línea del necesario respeto, lo que actúa como factor decisivo para una convivencia pacífica, libre y democrática.

El contenido de la libertad de expresión no alcanza al insulto.—«El TC y el 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 transmiten son sus opiniones o juicios no necesitados de verdad objetiva, sino de convicción subjetiva, y así la emblemática STC de 6 de junio de 1990 (1990/105), 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 (SSTS de 11 de octubre de 2000, 18 de junio de 2001)». En la sentencia anotada las afirmaciones vertidas constituyen manifestaciones de «mofa, denigratorias y vejatorias directamente personales que trascienden a la vida privada de los demandantes, ya que no se trata de propia crítica de su labor profesional, sino de decidido ataque, utilizando expresiones innecesarias y humillantes; un lenguaje que se aparta de la neutralidad que supone criticar constructivamente, para entrar de lleno en conductas revanchistas y rivalidades competitivas de bajo nivel cultural por su acritud y ensañamiento en el ataque personal llevado a cabo y hasta se actuó con arrogancia, lo que resulta de difícil disculpa, al tratarse de unos medios de difusión con tanta repercusión en los ciudadanos como son las emisoras de radio (STS de 15 de marzo de 2001)».

Prevalencia del derecho al honor sobre la libertad de expresión.—«Para determinar si existe o no intromisión ilegítima en el derecho al honor, ha de establecerse, en primer término, si las expresiones o hechos divulgados tienen ese carácter difamatorio o vejatorio para la persona a quien afectan que lo hagan desmerecer en el público aprecio, debiendo ser examinadas las ofensas vertidas dentro del contexto, del lugar y ocasión en que se vertieron. Dice la STC 171/1990 que el carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información misma; para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deben poder ser consideradas como expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias que sólo pueden entenderse como insultos o descalificaciones no por un ánimo o por una función informativa, sino como ha dicho la STC 105/1990, con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple (STS 6 de noviembre de 2000)». En la sentencia anotada las expresiones «incompetentes del grupo de emisoras Radio Elche», «todo lo que han tocado lo han destrozado», «os podéis sentar cada uno en despacho y decir aquello de ¿Juanito se escucha?, sí Antoñito mucho», «es el problema de la incapacidad de la impotencia», «son tan sumamente tontos, o sea, T.O.N.T.O.S, en castellano, *fuls* en inglés, ¿cómo se dice en francés? ... tonto significa incapaz que quede claro. Bueno son tan sumamente tontos que en lugar de ocuparse de sus problemas ... están muertos, están mortecinos», «también estamos gravando esto señor G., lo digo por si usted lo quiere llevar a los Tribunales ...». Estas expresiones son consideradas por las distintas instancias como vejatorias y degradantes en el honor de las personas aludidas por su repercusión social y personal. (STS de 15 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 6 y 7 de julio de 1992 la emisora Radio Exprés, en horario de máxima audiencia, emitió ciertas expresiones que, según el parecer de los demandantes, Radio Elche, y en particular de los Srs. G. P. y G. T., gerente de *Inradio, S.L.*, titular de Radio Elche y director de la misma respectivamente, constituyan intromisión ilegítima en su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, condenando a los demanda-

dos a la difusión de la sentencia mediante lectura íntegra en dos emisiones consecutivas en programas de Radio Exprés, así como a publicar la sentencia a su cargo en los diarios de máxima difusión de la localidad. La Audiencia de Alicante y el TS confirmaron el pronunciamiento de primera instancia. (M. F. N. C.)

13. Colisión entre el derecho al honor y el derecho a la información.—Para que prevalezca el derecho a la información frente al derecho al honor cuando los hechos sean susceptibles de causar descrédito o desprecio deben concurrir dos requisitos: 1.º—La información tiene que ser veraz, sin que esto implique que los hechos sean incontrovertibles. El TC sostiene que la Constitución extiende su garantía a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio. 2.º—La información tiene que gozar de interés general y para valorar éste se pueden tomar como elementos: el interés público *stricto sensu*, como contribución a la formación de una opinión pública libre; el carácter público de la persona y el medio de difusión.

Persona privada: carácter público cuando interviene en relaciones con la Administración Pública.—Todos aquéllos que resulten implicados en asuntos de relevancia pública están comprendidos en la categoría de carácter público, por lo tanto, al contratar con la Administración se queda sometido al control de la opinión pública y se pierde el carácter de persona particular o privada.

Doctrina del reportaje neutral.—La información neutra es la procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa de la que simplemente se da traslado según señala la sentencia. La jurisprudencia entiende que, en el llamado «reportaje neutral», ha de atenderse a la exacta transcripción de lo dicho por otro sin apostillas ni valoraciones de aportación propia, cuando se trate de hechos noticiales por su interés público que transcienden a la comunidad.

Ámbito del secreto sumarial en relación con la libertad de información.—No cabe extender el secreto sumarial en relación con la libertad de información más allá de sus adecuados límites (FD 2.º). Por otra parte, la interposición de una denuncia o querella penal, y su publicidad, salvo excepciones, no están comprendidas en el secreto sumarial. (STS de 16 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Unos concejales de la oposición del Ayuntamiento de un municipio ponen en conocimiento de la opinión pública mediante una rueda de prensa la existencia de irregularidades en la compra hecha por el Ayuntamiento a un taller eléctrico. Dichas irregularidades consistían tanto en la adjudicación del contrato, al no ajustarse a la ley de Contratos del Estado, así como en el pago de precios sensiblemente superiores a los del mercado, elevándose el supuesto fraude a noventa y siete millones de pesetas. Estos hechos tuvieron gran resonancia en los medios de comunicación debido a que con anterioridad se había presentado una querella penal contra el Alcalde por prevaricación, malversación y otros hechos punibles.

Don José Manuel C. V., empresario del taller eléctrico, formuló demanda contra los concejales en la que se solicitó que se declare la

existencia de intromisión ilegítima en su honor ya que en la comunicación mencionaban el nombre del taller eléctrico.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Don José Manuel interpuso recurso de apelación que igualmente fue desestimado. Posteriormente, interpuso recurso de casación.

NOTA.—La doctrina seguida en la sentencia anotada coincide con la que reiteradamente ha sostenido el TS y el TC en supuestos de conflictos entre el derecho al honor y el derecho a la información (SSTC de 1 de diciembre de 1998 y 14 de septiembre de 1999; SSTS de 20 de diciembre de 1994, 25 de noviembre de 1997, 15 de enero, 28 de octubre de 1999, 24 de febrero, 12 de mayo, 26 de julio y 25 de octubre de 2000, entre otras).

Respecto al requisito de veracidad de la información, tanto el TS como el TC estiman que es necesaria desarrollar una conducta diligente en la comprobación de los hechos especialmente cuando pueden suponer el descrédito ajeno; sin embargo, la utilidad social aporta una mayor flexibilidad actuando como paliativo. El TC admite que la total exactitud de la información puede ser controvertida e incluso puede haber errores circunstanciales o incluso informaciones incompletas (STC de 26 de febrero de 1996). (M. C. L. J.)

14. Derecho a la propia imagen. Fotografías de funcionario de policía desempeñando su cargo. Concepto de «persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad».—La imagen de una persona es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible. Su captación, reproducción y publicación por cualquier medio no puede entenderse atentatoria contra el derecho a la propia imagen cuando «... se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capta durante un acto público». La enumeración de personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad contenida en el artículo 8.2. a) de la LO 1/1982, de 5 de mayo, constituye una enumeración ejemplificativa, «... que se puede alcanzar no sólo por el cargo, que puede faltar, sino por sus relaciones amorosas, matrimonio, títulos de nobleza o de belleza, etc.» [FD 3.º]. Así pues las fotografías obtenidas en una vía pública a una policía municipal vestida con su uniforme profesional, no pueden ser calificadas como intromisión ilegítima, puesto que fueron realizadas a una persona con evidente proyección pública no sólo por su participación en los hechos, sino por ejercer un cargo público y haber sido captada su imagen en un sitio público. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Diversos medios periodísticos publicaron una serie de artículos sobre los incidentes que protagonizaron varios funcionarios del cuerpo de Policía Municipal de Santander, doña Rosa M. C., un cabo de dicho cuerpo, y otro funcionario, el cual, guiado por los celos, disparó contra el citado cabo. Dichos hechos dieron lugar a una sentencia penal condenatoria de homicidio en grado de tentativa. En distintos medios periodísticos se publicó la noticia, así como que la funcionaria había mantenido sucesivas relaciones sentimentales, con el agresor y el agredido. Dicha información se acompañó de diversas fotografías de Rosa, en concreto, fotos tomadas en la vía pública, vestida con el uniforme de policía, así como fotografías

correspondientes a diversos concursos de belleza en los que participó Rosa. Ante dichas publicaciones, la representación legal de Rosa interpuso demanda de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen contra diversos medios periodísticos. Dicha demanda fue desestimada en primera instancia, al igual que el recurso de apelación que se interpuso frente a la misma. La parte demandante interpuso recurso de casación, alegando que si bien las noticias publicadas respondían al ejercicio del derecho de información, en la misma se incluyeron datos personales, relativos a la intimidad de la actora, que resultaban ofensivos para una persona de sensibilidad media. Igualmente, en cuanto a las fotografías de su participación en diversos concursos de belleza que se publicaron, se alega que el consentimiento otorgado en su día para los concursos no puede extenderse a la publicación posterior de las mismas.

NOTA.—La STS que venimos anotando profundiza en el concepto de «persona que ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública», incluyendo dentro de la misma no sólo a funcionarios públicos, como en los hechos, una policía municipal, sino también a aquellos sujetos que alcancen esa notoriedad por sus relaciones amorosas, matrimonio, título de nobleza o belleza, etc.

Sin embargo, por cuestiones procesales, no aborda la cuestión del alcance del consentimiento de la recurrente en cuanto a las fotografías tomadas durante su participación en un concurso de belleza, y si el mismo puede extenderse a los reportajes que se enjuician. El TS tiene declarado en numerosas sentencias (entre otras, SSTS de 3 de noviembre de 1988, de 16 de junio de 1990, de 18 de julio de 1988 y, de 24 de octubre de 2000), que los límites del derecho a la imagen vienen determinados por la propia LO 1/1982, de 5 de mayo, de una manera mucho más clara que con respecto a los derechos a la intimidad personal y al honor. El consentimiento no sólo excluye el carácter de intromisión ilegítima sino que se puede entender consubstancial a ciertas profesiones. En tales supuestos, cuando nos encontramos ante la calificación de un sujeto como persona de proyección pública, entiende el TS que, con respecto a la misma, «se afirma que su derecho al honor disminuye, su derecho a la intimidad se diluye y su derecho a la imagen se excluye», sobre todo, cuando nos encontramos con la publicación de la imagen de una persona de proyección pública en lugar público, esto es, en cuanto a los hechos, con relación a las fotografías de la recurrente, vestida con uniforme de policía en la vía pública. Sin embargo queda sin concretar en la sentencia si, como en otros supuestos, como por ejemplo el analizado por el TS en la S de 18 de julio de 1998, por lo que respecta a las fotografías tomadas durante el concurso de belleza, «... el consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía». (R. D. O.)

15. Error en el encabezamiento de un proceso. Irrelevancia.—El hecho de que en un proceso incidental se establezca en el encabezamiento

«vistos ... los presentes autos de juicio declarativo de menor cuantía», no debe significar menoscabo de la pretensión de la parte afectada, incluso si se hubiera utilizado el cauce del juicio ordinario declarativo de menor cuantía, suponiendo un aumento en las garantías para la parte afectada.

Legitimación *ad causam*.—Se constituye como la cualidad de una persona para hallarse en la posición que fundamenta el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar (FD 2.º).

Discriminación por razón de sexo. Normativa Comunitaria.—La discriminación por razón de sexo en el plano laboral supone poner un óbice para que se desarrolle una actividad laboral idéntica a la que desempeñan los hombres (STC de 21 de diciembre de 1982 y 21 de marzo de 1986). La figura de la *affirmative actino* en derecho norteamericano recoge la igualdad absoluta del hombre y la mujer, desde una perspectiva laboral a través de previsiones constitucionales. La influencia de la Unión Europea en los Estados miembros se refleja en la normativa del Tratado de la Comunidad Europea, artículo 141, reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo, según Directiva 76/207 que reconoce el principio de igualdad de trato; o el artículo 119 del Tratado. Así como el proyecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (STS de 8 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Las actoras solicitaron su ingreso en la Comunidad de Pescadores de El Palmar, asociación de derecho privado dedicada a la explotación de la riqueza piscícola del Lago de la Albufera. Se rige dicha Comunidad por las costumbres y tradiciones, careciendo de Estatutos, entre las que se encuentra que el derecho a pescar es atribuible a los hijos y nietos varones de los cofrades, a través de un verdadero derecho hereditario. La solicitud de ingreso fue rechazada por la Junta Directiva, indicando que las solicitantes no reunían los requisitos exigidos. Se presentó demanda sobre protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando formar parte de la Comunidad, en las mismas condiciones que los hombres hijos de pescadores. El Juzgado dictó sentencia, estimando íntegramente la demanda. La Comunidad de Pescadores presentó recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia. Del mismo modo se presenta recurso de casación ante la Sala 1.ª del TS. (P. S. S.)

16. Doctrina del levantamiento del velo. Requisitos.—El TS tiene declarado de manera reiterada que para la aplicación de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, ha de probarse que la sociedad en cuestión, carece de funcionamiento real e independiente respecto de otra sociedad que la controla, siendo «... un simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad ni personalidad propia ...» (FD 1.º). La tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal y patrimonial de las entidades o sociedades, debe utilizarse cuidadosamente, es de aplicación limitada, pues lo normal «... es el obligado respeto a la forma legal», y sólo excepcionalmente y de manera subsidiaria, cuando quede probado que la forma esconde una ficción, y que por tanto se produce un fraude de ley y un abuso de la personalidad jurídica, se puede utilizar la doctrina del «levantamiento del velo». Sin embargo, no ha quedado suficientemente probada ni la interdependencia patrimonial y personal de

ambos entes, ni que se mantuviera la administración única de ambas, como sucedió en un principio, ni que, finalmente *Seagra, S.L.* carezca de funcionamiento real e independiente con respecto a *Dimasa, S.A.*, como pretendió la Sindicadura de la quiebra de la misma. (**STS de 17 de octubre de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sindicadura de la quiebra de *Dimasa S.A.*, demandó a la entidad *Seagra S.L.*, y *Dimasa S.A.*, solicitando que declarara la identidad entre las demandadas, y alternativamente, que declarase que *Seagra S.L.*, es una sociedad pantalla o sucursal de *Dimasa S.A.*, y que por tanto, debiera hacer frente a los acreedores de esta última. Estimada la demanda en primera instancia, se declaró que ambas entidades constituyen un mismo ente societario y que por tanto *Seagra S.L.*, debía asumir las responsabilidades contraídas por *Dimasa S.A.* Recurrida dicha resolución en apelación, la Audiencia Provincial estimó el mismo, absolviendo a las demandadas. La representación legal de la Sindicadura de la quiebra de *Dimasa S.A.*, interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, la infracción por inaplicación del artículo 7 CC, artículo 6.4 del mismo cuerpo legal, en conexión con el artículo 9.3 CE, así como por defectuosa y errónea aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo.

NOTA.—En la sentencia que venimos anotando el TS reitera su doctrina acerca de la aplicación de la doctrina del «levantamiento del velo», en cuanto a su aplicación limitada, excepcional y subsidiaria (FD 1.º de la STS de 31 de octubre de 1996, entre otras). Si bien es cierto que la aplicación de la misma pretende evitar que se produzca un abuso de derecho y un fraude de ley, así como la posible lesión de derechos de terceros, es igualmente cierto que también es de obligado respeto la forma legal y la personalidad jurídica de las mismas. En el supuesto que anotamos, al no quedar probada la interdependencia patrimonial ni personal de las dos entidades demandadas, *Dimasa, S.A.*, y *Seagra, S.L.*, no cabe la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, como pretendió la Sindicadura de la quiebra de *Dimasa, S.A.* (R. D. O.)

17. Doctrina del levantamiento del velo. Confusión de personalidades y de patrimonios.—El TS ha declarado en reiteradas ocasiones que la función de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, expresión adaptada de la palabra anglosajona *disguise* y de la germana *Durchgriff*, es desvelar la realidad fáctica de distintos entes con personalidad jurídica creada para ficciones fraudulentas, que puedan implicar «... la frustración de los derechos de terceros, ... pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique elusión en el cumplimiento de un contrato así como la burla de la Ley como protectora de derechos ajenos ...» [FD 3.º]. Como técnica busca penetrar en la realidad económica de la personalidad jurídica de los entes sociales, tratando de descubrir sus efectivas relaciones sociales y responsabilidades ante los terceros con los que contrata, intentando aflorar *ad extra* la verdad material subyacente, cuando la misma se encubre bajo la apariencia de un ente con personalidad jurídica.

Doctrina del «levantamiento del velo» y tercería de dominio. Requisitos: la condición de tercero.—La tercería de dominio regulada en los artículos 1532 a 1543 LEC de 1881, es una acción declarativa de dominio cuyo objeto es la declaración de propiedad del tercerista y el levantamiento del embargo trabado sobre el bien litigioso, en este caso, un grupo de abrigos de pieles. Para ello, el actor debe no sólo acreditar su dominio pleno y excluyente sobre dicho bien, sino igualmente su condición de tercerista. Así pues se entiende que no puede prosperar el ejercicio de la tercería de dominio sobre los bienes litigiosos en aquellos casos en los que, en función de la realidad fáctica del supuesto, se constata la existencia de una confusión de personalidades y de patrimonios entre las entidades terceristas y ejecutadas, como en el caso que nos ocupa, y que, por tanto, no concurre en la persona del actor la condición de tercero (vid. al respecto SSTS de 22 de febrero de 1991, 16 de marzo de 1992, 11 de noviembre de 1995, 11 de octubre y 13 de noviembre de 1999). (STS de 22 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Distrito Piel S.L.*, formada como únicos socios por don Alejandro y doña Gabriela, obtuvo del *Banco de Asturias*, un crédito de doce millones de pesetas y pagadero en un año. Vencido dicho plazo, e impagado el mismo, se produce una transferencia de activos de la sociedad deudora a favor de la entidad mercantil *Distrito León 24000, S.L.*, a la que se aportan los dos únicos inmuebles propiedad de la entidad deudora. Iniciado juicio ejecutivo por la entidad bancaria, se procede al embargo de una serie de abrigos de pieles de distintas calidades, que se encontraban en el establecimiento mercantil de la entidad *Distrito Piel, S.L.*, expuestos para su venta al público. La entidad *Distrito León 24000 S.L.*, de la que son únicos socios el matrimonio formado por don Alejandro y doña Gabriela, y por la referida entidad *Distrito Piel, S.L.*, entabla tercería de dominio contra el *Banco de Asturias*, como ejecutante, y *Distrito Piel S.L.*, don Alejandro y doña Gabriela, como ejecutados. Desestimada la pretensión en primera instancia, y posteriormente el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, la representación legal de la entidad *Distrito León, S.A.*, interpuso recurso de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo.

NOTA.—Establecida en virtud de la doctrina del levantamiento del velo la confusión de patrimonios entre ambos entes sociales, no podemos entender que concurra en el actor la condición de tercerista, imprescindible para el ejercicio de la correspondiente tercería de dominio, al producirse entre ambos entes no sólo la confusión patrimonial antes indicada sino también la identidad entre los socios de una y otra, como sucede en el caso. El TS reitera en la presente sentencia, con cita de las ya numerosas sentencias que sobre el levantamiento del velo ha dictado, en concreto SSTS de 28 de mayo de 1984, 16 de julio y 24 de septiembre de 1997, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993, 31 de octubre de 1996, 15 de octubre de 1997, entre otras, que la finalidad de la doctrina del levantamiento del velo es penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley les reconoce personalidad jurídica, para evitar que «... al socaire de esa

ficción o forma legal (de respeto obligado), se puedan perjudicar intereses, públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio anti-social de su derecho (art. 7.2 CC)» (FD 1.º, STS de 31 de octubre de 1996). El TS entiende que, en estos supuestos, no se aplica la teoría también de origen jurisprudencial americano de *piercing the veil* o rasgar el velo, esto es, destruir la sociedad o aniquilar su personalidad a través del *disregard of legal entity*, sino que, únicamente, se procede al levantamiento del mismo, esto es, averiguar cual es la realidad subyacente, en este caso, la interdependencia personal y patrimonial de ambos entes, y evitar que se produzca la lesión de los derechos de los terceros, en este caso, el *Banco de Asturias*. (R. D. O.)

18. Colegios profesionales. Naturaleza y régimen jurídico de los mismos.—Los Colegios profesionales son unos entes que presentan un carácter bifronte, por una parte, como «*Corporaciones de Derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines*» (art. 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales), cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados sino también «de las determinaciones obligatorias del propio legislador» (FD 4.º), y de otra, como corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros. Su faceta asociativa privada, entiende el TS, ha de estar sometida al derecho civil, pues «... todo lo relativo a la adquisición, conservación, recuperación, pérdida o administración de sus bienes privativos, en nada afecta al orden administrativo ...» (STS de 12 de junio de 1990).

Distinción de los Colegios profesionales con respecto a las asociaciones, y a las sociedades civiles o mercantiles.—Como el TC tiene declarado, los Colegios profesionales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho Público cuyo origen, organización y funciones no dependen de la sola voluntad de los asociados sino también de las propias determinaciones del legislador. Siguiendo la doctrina del TC, el TS singulariza a los Colegios profesionales, personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho Público, porque «... pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado ...» (FD 4.º, reproduciendo la doctrina del TC contenida en la STC 123/1987, de 15 de julio).

Falta de competencia del orden civil. Sometimiento al orden contenoso-administrativo.—Partiendo de la concepción mixta de los Colegios profesionales, y aun cuando las partes han centrado el debate en la distribución del patrimonio del extinto Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa, el TS entiende que lo que verdaderamente está en cuestión «es el propio proceso de disolución y liquidación del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao, sometido como tal proceso al Derecho Administrativo y no al Derecho civil o mercantil» (FD 6.º). (STS de 13 de diciembre de 2000; abstención).

HECHOS.—Tras la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la cual ordenaba la disolución y liqui-

dación de los Colegios de Agentes de Cambio y Bolsa, así como la integración de sus miembros en los Colegios de Corredores de Comercio, el 26 de julio de 1989 se celebró Junta General Extraordinaria del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao, con asistencia únicamente de los Agentes en activo, y se procedió al nombramiento de los liquidadores, dándose cuenta de que al día siguiente se iba a proceder a la venta de todo el mobiliario, así como de la participación que el Colegio tenía en el Servicio de Coordinación de la Sociedad Rectora. Con anterioridad a dicha Junta, se había procedido ya a la venta del edificio de la Bolsa de Bilbao por un precio de 420.000.000 pesetas. El dinero obtenido con tales ventas se repartió entre todos los Agentes, tanto activos como jubilados. Sin embargo, además de dichos bienes, existían unas fianzas suplementarias-solidarias, constituidas por los propios Agentes, e inversiones del propio Colegio con el remanente de los corretajes de determinadas operaciones. Asimismo también existía una sociedad, N.S.A., titular de acciones de la sociedad *Mercado C, S.A.*, que se vendieron a la *Sociedad Rectora de la Bolsa de Bilbao*. El problema se planteó entre los Agentes jubilados y los Agentes en activo, al no existir consenso entre las partes sobre lo que debía considerarse patrimonio del Colegio a los efectos de la liquidación, entendiendo los primeros que se liquidó su participación patrimonial en el Colegio por un valor muy inferior al real, sobre todo en relación con las fianzas suplementarias. El citado grupo de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao jubilados interpuso demanda de juicio de mayor cuantía solicitando que se declarara el derecho de los mismos a que se realizara de nuevo y con valores reales y totales, la liquidación de la cuota patrimonial que cada uno de ellos tenía en dicho Colegio, basando la misma, fundamentalmente, en la aplicación de normas de derecho privado, artículos 35.2 y 36 CC, y, analógicamente, las normas sobre la herencia y la partición. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación contra dicha sentencia, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, declarando el derecho de los demandantes a que se practique nuevo inventario, valoración y liquidación del extinto Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Bilbao. La parte demandada interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción de los artículos 1704.1 en relación con el artículo 4.1 CC, y artículos 1708 y 1214 CC.

NOTA.—El TS analiza en esta extensa sentencia el carácter bifronte de los Colegios profesionales como Corporaciones de Derecho Público (art. 35 CC), cuya dimensión como tales los lleva a ser equiparados por el TC (STC 123/87, de 15 de julio) con administraciones públicas de carácter territorial, equiparación limitada a los «solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de aquellos» (FJ 4.º); y como entes privados, que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros. El TS se plantea de oficio su propia competencia puesto que, aun cuando las partes habían orientado la litis al derecho civil, y ser una cuestión relativa a la división del patrimonio del citado Colegio, el TS entiende que

no estamos ante aspectos puramente patrimoniales, sino que realmente, lo que está en cuestión, es el proceso mismo de disolución, ámbito puramente administrativo, teniendo en cuenta que estamos ante un proceso de disolución y liquidación de una Corporación de Derecho Público. Por dicho motivo se abstiene de conocer del recurso. (R. D. O.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

19. Nulidad de subasta notarial para la venta de acciones de Sociedad Anónima.—Del examen de los preceptos reguladores de la subasta pública en los distintos textos legales, se pone de manifiesto de un lado, la existencia de un trámite previo consistente en la evaluación de los bienes que han de ser subastados y que, salvo en los casos como es el de la hipoteca en que las partes han de fijar el valor de los bienes a efectos de la ejecución, ha de ser realizada de forma objetiva, tanto en beneficio del acreedor, al poderse obtener un precio suficiente para satisfacer, en todo o en parte, su crédito, como del deudor para no ver malbaratados sus bienes; de otro lado, es requisito necesario e indispensable el de la publicación de la subasta mediante los pertinentes anuncios. Es unánime la doctrina procesalista al resaltar la importancia de este requisito de publicidad de la subasta, cuyo efecto es, como ha dicho algún autor, una *provocatio ad offerendum*; la publicación o anuncio de la subasta va dirigida, mediante su difusión, a que llegue al mayor número posible de interesados en la subasta y, por efecto de este más extendido conocimiento de las condiciones de la subasta, pueda ser mayor la concurrencia de postores que por interés en la adquisición, den lugar a la obtención de un precio más elevado. La adecuada difusión de la subasta se consigue teniendo en cuenta no sólo el medio a través del cual se publican los anuncios sino también señalando un plazo entre la publicación del anuncio y la celebración de la subasta, plazo que, en los textos legales, se gradúa teniendo en cuenta la naturaleza mueble o inmueble de los bienes y, en el primer caso, su importancia económica.

Anunciadas las subastas cuya nulidad se demanda el día 23 de julio de 1992 mediante su publicación en el diario *Marca*, que si bien tiene difusión nacional, no parece el más adecuado por su exclusiva dedicación a temas deportivos, para el anuncio y difusión de unas subastas de acciones de una sociedad anónima dedicada a actividades financieras, las subastas se celebraron el siguiente día 24, del mismo mes y año, a las nueve horas; no se observaron, por tanto, unos mínimos plazos entre la publicación del anuncio y su celebración. Acoge, en consecuencia la Sala el motivo que se examina, declarando la nulidad de las subastas celebradas por vulneración del fundamental requisito de publicidad de las subastas que no puede entenderse cumplido al haber mediado entre su anuncio y la celebración un plazo cuando más, de veinticinco horas, que, lógicamente, no podían desconocer el acreedor y el Notario autorizante que era a todas luces insuficiente para provocar la concurrencia de postores que hubieran podido elevar el precio ofrecido por las acciones a obtener el mayor precio posible. (STS de 21 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—En nombre y representación de *Compañía Mobiliaria, S.A.* se formuló demanda de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de los de Madrid, sobre reclamación de nulidad de subastas y adjudicaciones por fraude a la Ley o subsidiariamente en reclamación de cantidad, contra el *Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO)*, siendo estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación fue estimado por la Audiencia Provincial de Madrid. (A. G. B.)

20. Simulación contractual.—La figura de la simulación está basada en la presencia de una causa falsa y la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica. El contrato con simulación está afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del artículo 1276, como por lo dispuesto en los artículos 1275 y 1261 en relación con el artículo 6.3, todos del Código civil.

Recurso a la prueba de presunciones para apreciar la simulación.—La necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el artículo 1253 CC para apreciar la realidad de la simulación es doctrina reiterada del TS, que en sentencias anteriores ha declarado que al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones.

Carga de la prueba.—El artículo 1214 CC no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino que, simplemente, regula el *onus probandi*, la carga de la misma entre las partes, y sólo puede ser alegada su infracción cuando ante la falta absoluta de prueba sobre determinados hechos, se hace una incorrecta distribución de la carga de la prueba haciendo recaer las consecuencias de la inexistencia de prueba sobre la parte que no venía obligada a aportar esa prueba. (STS de 27 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La discusión que está en el origen de este pleito se centra en el pretendido fraude de acreedores que comporta la cesión de fincas realizada por el socio mayoritario, G. G. de la F. a la mercantil *I., S.A.* como aportación a la sociedad. Los demandantes solicitan también, en primera instancia, la nulidad de la hipoteca constituida por *I., S.A.* sobre la citada finca, a favor de J. R. Y. G., alegándose tanto el fraude de acreedores como la simulación, ya que no se considera acreditada la entrega de la cantidad objeto de préstamo a la sociedad. En primera instancia se desestiman las pretensiones de los demandantes, pero la Audiencia estima la existencia de simulación. (M. C. P. A.)

21. Pacto de fiducia. Concepto y caracteres. Calificación como supuesto de fiducia *cum amico*.—El negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que un sujeto, llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiere cumplido la finalidad prevista. En el supuesto que nos ocupa, nos encontramos ante una simulación en relación a

la compra de don Esteban, «mediando entre ambos negocios jurídicos el nexo de confianza propio de los vínculos amistosos y de los derivados de las circunstancias de ser socios de la misma entidad ...» (FD 7.º). En dicha relación de confianza radica la causa de dicho negocio, sin que sea necesario la preexistencia de una relación de garantía.

Usucapión y fiducia.—La doctrina y la jurisprudencia exigen, para que opere la prescripción adquisitiva, que la posesión sea a título de dueño, pacífica y no interrumpida, «sin que pueda incluirse en aquel concepto al fiduciario, ...puesto que no posee en concepto de dueño» (FD 10.º). Como consecuencia, tampoco puede entenderse que los herederos del fiduciante, a los efectos de los artículos 436 y 661 CC, sean poseedores en concepto de dueño, puesto que aun cuando sucedan a su causante en todos sus derechos y obligaciones, no concurre en ellos la posesión en tal concepto. (**STS de 5 de marzo de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 10 de julio de 1943, don Gerardo y don Esteban, socios de la empresa *G y T, S.A.*, constituida en 1937, en representación de la misma, otorgaron escritura pública de compraventa por la que adquirían un trozo de terreno huerta, y don Gerardo para sí, dos inmuebles, siendo objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad el documento referido a las fincas adquiridas por don Gerardo. Fallecido don Esteban en 1946, quedan como herederas su esposa, doña Albertina y su hija doña Pilar. Posteriormente, en 1962, don Gerardo suscribe un documento en que declara que si bien los citados inmuebles constan en el Registro de la Propiedad a su nombre, realmente sólo le corresponde un 62,5 por 100 de la propiedad de los mismos, mientras que a doña Albertina, un 25 por 100, y a doña Pilar, un 12,5 por 100. Fallecidos don Gerardo en 1975, y doña Albertina en 1993, doña Pilar hija y heredera única, demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a los herederos de don Gerardo, ejercitando una acción reivindicatoria sobre los dos citados inmuebles. Desestimada la demanda en primera instancia, la sentencia fue revocada en grado de apelación. Contra dicha resolución interpusieron los herederos de don Gerardo recurso de apelación, alegando, entre otros motivos, incongruencia de la sentencia de instancia (motivo 1.º), así como usucapión de los citados inmuebles (motivo 10.º).

NOTA.—En la sentencia que anotamos no explica el TS con suficiente claridad cuál es el criterio utilizado para resolver el supuesto. Si bien reconoce la existencia de un pacto de fiducia entre don Esteban y don Gerardo, pacto que llevó a que fuera don Gerardo quien adquiriera la propiedad del inmueble en cuestión, para sí y para su socio, don Gerardo. El TS habla, sin embargo, de simulación en lo referente a la compra de don Esteban (FD 7.º), es decir, entiende que cuando don Esteban compra para la sociedad, se produce una simulación, que entiende relativa, [«por demás esta Sala tiene proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz» (FD 7.º)], pero no se alcanza a entender cuál es el negocio disimulado y el que se utiliza como negocio simulado se utiliza la de los inmuebles que adquirió don Gerardo. (*R. D. O.*)

22. Dación en pago.—La dación en pago es aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago. Respecto a su naturaleza, ya se decía en S de 8 de febrero de 1986 que «... concurren los requisitos necesarios para su validez y, concretamente, si el crédito ... sirvió de contraprestación a la disposición por el vendedor de los bienes inmuebles a que se contrae. La S de 13 de febrero de 1989 refiriéndose a la adjudicación en pago de deudas dice que *la datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando como crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que según tiene declarado esta Sala en S de 7 de diciembre de 1983, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría del precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deuda»; esta aplicación analógica de las normas reguladoras del contrato de compraventa a la dación en pago, determina que el crédito que se extingue con la adjudicación de los bienes sea un crédito cierto, lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación y así lo viene exigiendo con reiteración la jurisprudencia que en S de 15 de noviembre de 1993 dice que «el artículo 1445 CC requiere para la existencia del contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, ahora bien, la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes al momento de la perfección del contrato, o diferirse para un momento ulterior ...».

Ilicitud de causa.—Ha de precisarse el carácter técnico del defecto o patología que afecta a esa controvertida dación en pago o negocio traslativo llevando a efecto por las partes, pues, el recurrente en su postulación de que se decrete la nulidad del mismo por ilicitud de la causa trae a colación, entre otras, las SS de esta Sala de 17 de enero de 1927 y la de 2 de diciembre de 1981; por la primera, se califica de causa ilícita el negocio efectuado cuando se ha detectado en el mismo un «móvil determinante de la inmoralidad de la convención», y en la segunda, una nulidad, por ilicitud de la causa al ser contraria a la ley o a la moral al perseguir el negocio un fin ilícito o inmoral.

En el caso debatido, la cuestión se centra, en que se pacta una compraventa o dación en pago sin explicitarse esa motivación interna de impedir las consecuencias de un proceso penal para el recurrente, que luego inevitablemente aconteció, incluso, con condena. Así las cosas, es claro que *ab initio*, esta parte como la otra conciernen un negocio con aparente normalidad, porque se entrega algo para compensar una deuda preestablecida —causa atributiva— y su rechazo proviene precisamente no por el objetivo o finalidad externa pretendida en el sinalagma funcional sino por la clamorosa desproporción en el *quantum* de cada prestación.

Ahora bien, al ser los móviles internos para cada parte los expuestos, es decir, para el actor eludir las resultas de ese proceso penal y, para el demanda-

do actuar en consecuencia, es claro, que si esos eran los móviles, los motivos como finalidad externa y relevante para integrar la causa respondían a la compensación de la deuda reconocida en el contrato repetido por esa contraprestación recepticia, ya parece indiscutible que ello gravitaría, sobre todo, en el ánimo del recurrente, que, por tanto, actuó bajo la compulsión o peso de que si no contrataba así le provendría ese mal de la condena punitiva. Por tanto, se concluye, que esa motivación interna, o móviles relevantes deben estructurar los citados por la jurisprudencia relatada presupuestos para delimitar el ámbito de la causa, habiendo de aplicar al efecto la idea motriz que priva en nuestro ordenamiento jurídico de reputar todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad apreciada en su conjunto, lo que equivale, secundando la tesis subjetiva, a elevar por excepción el móvil en verdadera causa por imprimir u orientar a la voluntad de la parte en un objetivo ilícito del negocio (SS además de las vistas las de 17 de marzo de 1956 y 23 de noviembre de 1961); de lo que se deriva, en definitiva, que esa ilicitud provoca la nulidad del contrato, especie de ineficacia que, aunque proviene de una nulidad radical postulada, conlleva, también, a la resolución de lo así pactado con la retroacción de las prestaciones, *ex artículo 1303 CC.* (**STS de 30 de noviembre de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de los de Madrid desestima la demanda interpuesta por los actores en la que se pretendía la nulidad de la escritura de 27 de enero de 1984 y, subsidiariamente, el reintegro económico postulado, decisión que fue objeto de recurso de apelación interpuesto por la actora, resuelto, igualmente, en sentido desestimatorio por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. El TS declara haber lugar al recurso de apelación. (*O. M. B.*)

23. Vicios del consentimiento: dolo provocado por tercero.—Aun cuando esta Sala ha dispuesto reiteradamente —S de 17 de mayo de 1988 y demás que ésta recoge— que «el tema relativo a los vicios del consentimiento es una cuestión de hecho sometida a libre apreciación de los tribunales de instancia», no cabe olvidar que esa apreciación ha de estar fundamentada y no sostenida en meras conjeturas, de forma que la calificación jurídica que se atribuya a aquellos hechos o actos, que tienen que ser fundamentales, sea comprobable en casación según puede entenderse desde las SS de 6 de noviembre de 1948 y 8 de febrero de 1955.

La maquinación que lleve a la prestación de un consentimiento por ella viciado hasta producir efectos de nulidad contractual, ha de empezar por ser grave —según señala la S de 29 de marzo de 1994— y ha de ser ocasionada sólo por el otro contratante en exigencia expresa de los artículos 1269 y 1270 CC y de la S de 8 de marzo de 1929 porque, como dice ésta, «el dolo procedente de un tercero que no interviene directamente por sí ni debidamente representado en el contrato cuya nulidad se pida por razón del engaño de que fuese víctima quien la reclama no anula, en general, el consentimiento prestado mediante tal engaño» y podrá, si acaso, producir como única consecuencia en el orden civil el resarcimiento del perjuicio a cargo de quien urdió la maquinación.

Rescisión de contrato de venta de inmueble por lesión en más de la mitad del precio justo.—La Compilación de Derecho civil especial de Cataluña prevé en su artículo 323.1 la posibilidad de rescindir, entre otros, el con-

trato de compraventa de bienes inmuebles, desde el dato objetivo de la existencia de lesión en más de la mitad del justo precio por diferencia entre el convenido y el valor real o en venta que al tiempo de otorgarse el contrato –según precisa el artículo 324– tuvieran en la misma localidad cosas iguales o análogas, siendo en base de esos dos elementos –precio convenido y precio correspondiente al valor real– que ha de determinarse la prosperabilidad o no de la pretensión formulada en la demanda sobre esta posibilidad según resulte de lo probado. (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.–Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers, fueron vistos los autos de menor cuantía núm. 438/92, sobre declaración de nulidad de escritura de compraventa. Estimada la demanda, contra la sentencia de instancia se interpuso recurso de casación que fue desestimado. El TS declara haber lugar al recurso de casación. (O. M. B.)

24. Planteamiento de las acciones de nulidad radical y de rescisión.–No existe obstáculo para el ejercicio subsidiario de la acción de rescisión por fraude de acreedores, cuando se plantea como acción principal la de invalidez del negocio. Se debe negar la posibilidad de que, junto a la declaración de invalidez se acoja también la acción rescisoria, debido a la incompatibilidad de fundamentos y efectos de la nulidad y rescisión. La doctrina reiterada del TS admite el ejercicio *ad cautelam* (SS de 28 de enero de 1892, 19 de diciembre de 1916, 12 de marzo de 1919, 2 de junio de 1927, 3 de febrero de 1993).

Simulación absoluta de contrato de donación.–Se produce en supuestos en los que se intentan colocar los bienes fuera del alcance de las reclamaciones de los acreedores. Se carece de la causa de la donación, que responde a una simple apariencia de disposición de bienes que no disimula otro negocio. Cabe la posibilidad de que el donante disponga de alguno de los bienes donados, pero la reserva de la totalidad de los bienes junto con su retención sirven de referencia para afirmar la inexistencia de transferencia de posesión que comporte beneficio alguno a los donatarios. (STS de 27 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.–El *Banco de Alicante* había concedido con fecha 6 de marzo de 1991 un crédito al matrimonio A-N, por plazo de un año, reservándose el Banco la facultad de cerrar la cuenta en cualquier tiempo, con el único requisito de notificarlo por carta. El Banco interpuso demanda y con fecha 11 de noviembre de 1991 se practicó requerimiento de pago y se procedió al embargo de diversas fincas. No obstante no fue posible anotación registral de embargo por hallarse inscritas a nombre de los tres hijos del matrimonio, como consecuencia de una escritura de donación otorgada el 28 de octubre de 1991. En esta escritura de donación se prohibía a los donatarios disponer de los bienes sin consentimiento de los donantes, que se reservaban dicha facultad, constituyéndose una comunidad de bienes para su explotación. El Banco formuló demanda contra el matrimonio así como contra los tres hijos, solicitando se declarara inexistencia del negocio de donación, y subsidiariamente se acordase su rescisión por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia acogió el pedimento primero. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. Se presenta recurso de

casación, alegando infracción del artículo 533.6.º LEC, así como artículos 639 y 1261 CC, así como los artículos 1111 y 1291 CC.

NOTA.—La negativa del TS de que la reserva de la disposición de los bienes donados alcance a la totalidad no es compartida por toda la doctrina. Así, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros (*Sistema de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos) argumentan la separación del Código civil con respecto al modelo francés en el que rige la regla *donner et retenir ne vaut*. No existen razones para negar la posibilidad de reserva total, ya que la reserva no incide en la donación hasta que el donante haga uso de la facultad. (P. S. S.)

25. Cuestión de competencia por inhibitoria. Juzgado competente aquel al que las partes se sometieron.—El tema de debate se construye a la determinación de la validez o no de la cláusula que figura impresa en la nota de entrega suscrita por el demandado; cuestión que se reduce a determinar si el citado cliente cuando recibió las mercancías y firmó el albarán prestó su consentimiento a la renuncia del fuero propio.

Al respecto es conocida la jurisprudencia de esta Sala que, sin perjuicio de mantener el carácter preferente de la sumisión expresa o tácita (art. 56 LEC) sobre los llamados fueros legales establecidos con carácter supletorio, para los supuestos que falte esa sumisión (art. 62 de la citada ley), se han mirado con especial cuidado aquellas cláusulas que figuran impuestas por una de las partes contratantes, como son las que se hacen constar en los albaranes y facturas, y este examen se ha de hacer en un doble aspecto: 1.º En determinar la bilateralidad de la cláusula, esto es, a si hay indicios de que no ha sido aceptada libremente por la parte adherente a la misma, como son los supuestos de que no aparezcan suscrita la hoja en que figura, o que se halle escrita en diferente tipo de letra de las demás contenidas en el texto del documento que hagan difícil su lectura y pueda deducirse que ha firmado el documento sin percatarse de la existencia de la cláusula. 2.º Aun en el supuesto de que se pueda deducir que prestó su adhesión a la cláusula con conocimiento de la misma, hay que definirse si la cláusula de sumisión estudiada es o no abusiva, de acuerdo con el artículo 10 y 10 bis LGDCU.

Adhesión a la cláusula de sumisión con renuncia al fuero propio.—En atención a lo expuesto, y del examen del documento, el Tribunal entiende que la cláusula fue aceptada en uso de la libertad contractual, por el comprador en cuanto la nota de entrega fue firmada en su adverso, en el que figuraba, además de los datos del comprador y de la entidad vendedora, como único texto impreso la cláusula de sumisión expresa, cláusula que cumple los supuestos del párrafo segundo del artículo 56 LEC, cuyo formato impreso es de fácil lectura, y aparece con claridad la determinación de su contenido, siendo por otra parte el único cuerpo de escrito que conforme la «nota de entrega», por lo que su lectura debe considerarse inexcusable al comprador receptor de las mercaderías, por lo que se hace preciso aceptar que el comprador renunció a su propio fuero.

Validez de la cláusula de sumisión. Condición de comerciante. Inaplicación de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.—Respecto de la validez de la cláusula objeto de examen, aun reconociendo que ha sido puesta por la vendedora, no sólo por ello ha de entenderse abusiva, pues al comprador, en este supuesto, no le es aplicable lo dispuesto en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios en la parte que fue completada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones gene-

rales de la contratación a la DA 1.^a, sobre cláusulas abusivas con el núm. 27, que se refiere a las cláusulas de sumisión expresa, porque en este supuesto el comprador no reúne las condiciones de consumidor, sino que, al contrario, se trata de un comerciante que ha comprado las mercancías para su reventa posterior con ánimo de obtener una ganancia, y entre profesionales se ha convenido el pacto de sumisión, que lejos de la intención de adquirir ventaja la proveedora en perjuicio del comprador, lo que pretende es asegurar el cumplimiento normal de las obligaciones producidas por el negocio jurídico, en virtud del cual se desprende de determinadas mercancías, sin otras garantías de pago que la de la profesionalidad del comprador, por lo que en el supuesto de que esa profesionalidad falle, puede obtener cierta comodidad en la reclamación judicial del precio demandado en los Tribunales de su propio domicilio. (STS de 31 de octubre de 2000.)

HECHOS.—Se entabla cuestión de competencia por inhibitoria entre el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño, que ha promovido el incidente competencial y el de igual clase núm. 5 de Córdoba en el que se siguen los autos, nacidos por la reclamación del precio de una compraventa mercantil realizada entre comerciantes, por la venta de diversos artículos de joyerías para ser revendidos, objetos que fueron entregados por el representante de la entidad vendedora *Joprime S.A.*, en el domicilio del comprador don A. A. M. que lo tiene en la Plaza de España de Nájera (Rioja), pero en cuya «Nota de entrega» o «albarán», como única cláusula de la misma, figura la sumisión expresa a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de Córdoba con renuncia a cualquier fuero propio que pudiera corresponderle; albarán o nota de entrega suscrito por «El Cliente», el demandado y promotor de la cuestión de competencia en el anverso de la misma el 10 de julio de 1996. (A.G.B.)

26. Competencia territorial. Cláusula de sumisión expresa en póliza de crédito personal: nulidad por abusiva según criterio reiterado de la Sala.—Esta Sala se ha pronunciado ya en otras cuestiones de competencia por inhibitoria planteadas prácticamente en los mismos términos que la presente, es decir, por demandados contractualmente vinculados al Banco demandante en virtud de pólizas idénticas o sustancialmente iguales a la mencionada y que contenían la misma cláusula de sumisión.

Así, en SS de 17 de mayo y 15 de septiembre de 1999 y 14 de abril de 2000 siempre se ha decidido que la competencia territorial correspondía a los Juzgados del domicilio del demandado por ser abusiva la cláusula de sumisión expresa inserta en la póliza aunque el dinero se destinara a adquirir acciones del propio Banco.

Como síntesis de los argumentos de tales decisiones pueden transcribirse los siguientes razonamientos de la última de las sentencias citadas: «la jurisprudencia última y mayoritaria de esta Sala, declara que si bien los artículos 56 y 57 de la Ley Procesal Civil autorizan la sumisión expresa, con renuncia consecuente al fuero propio, para que la misma resulte vinculante ha de tenerse en cuenta la legislación interna (Ley general para la defensa de consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984) y la Comunitaria (Directiva 93/13), que autorizan a declarar abusiva la cláusula de referencia, ya que origina desequilibrio contractual (S de 27 de abril de 1995, que cita las de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio y 14 de septiembre de 1996), pues su

aportación al contrato es unilateral y la relación reviste carácter de adhesión, sin que los usuarios hubieran tenido intervención directa en su redacción y establecimiento, ni en la mayoría de los casos se les ha permitido su modificación (S de 8 de noviembre de 1996.)

La cláusula de sumisión que se estudia ha de declararse ineficaz conforme al artículo 10 de la Ley 26/1984 (antes de su modificación por Ley de 13 de abril de 1998), ya que perjudica de manera desproporcionada al consumidor, como declara la S de 19 de abril de 1999, pues obliga e impone al usuario del préstamo a litigar en Madrid, lejos de su domicilio habitual, con las consiguientes molestias y desembolsos económicos añadidos.

En materia de pólizas de préstamo la doctrina de esta Sala se pronuncia en la misma dirección, declarando la S de 17 de mayo de 1999, que la competencia ha de determinarse atendiendo a las reglas del artículo 62 LEC, disponiendo la primera que debe reputarse Juez competente el del lugar en que la obligación debe ser cumplida. Cuando se ejercitan acciones personales, como ocurre en este caso, resultando suficientemente clara que la devolución del préstamo se efectuaría en Sevilla, que corresponde a la ciudad donde se firmó la póliza y allí fueron requeridos de pago los demandados por el Banco acreedor, por lo que ha de aplicarse el artículo 1171 CC, que fija el lugar donde deben de cumplirse las obligaciones.

Lo que se deja expuesto tiene correlación con el artículo 1439 LEC, que corrigió la posible indefensión que suponía para algunos ejecutados que los juicios ejecutivos contra ellos se tramitasen fuera de su domicilio o, en su caso, en el lugar de cumplimiento de la obligación.

Se trata, en resumen de póliza impresa, que es abusiva e inoperante consecuentemente, por no responder a una efectiva actividad negocial libre y bilateral, viniendo a ser manifestaciones bien expresas del poder de la parte predominante en la relación negocial creada, sobre todo cuando se trata de asumir posición de prestatario y, con ello decidir de entidad bancaria, representando ruptura frontal del necesario equilibrio contractual que debe de concurrir». (STS de 29 de noviembre de 2000.)

HECHOS.—Se plantea cuestión de competencia entre un Juzgado de Primera Instancia de Sevilla y otro de Madrid en relación con una demanda de reclamación de cantidad fundada en una póliza de crédito personal concedido por el Banco demandante para que el demandado adquiriera acciones del propio Banco y en cuya cláusula octava las partes se sometían expresamente al fuero de los Juzgados y Tribunales de Madrid para cualquier cuestión relativa a la interpretación, cumplimiento o ejecución de la póliza, con renuncia a cualquier otro que pudiera corresponderles. (A.G.B.)

27. Autopistas en régimen de concesión administrativa. Ambulancias.—Para *Europistas Concesionaria Española*, los vehículos ambulancias sólo están exentos del pago del peaje en los supuestos excepcionales de realizar alguna misión en los terrenos de la autopista. Se fundamenta tal posición en el artículo 17 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras y caminos, artículo 14 de la Ley de autopistas de peaje 8/1972, de 10 de mayo, cláusula 44 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, y cláusula 13 del Título III de la Orden Ministerial de 10 de junio de 1967.

La tesis de las entidades demandantes consiste en que la exención total para los vehículos ambulancia que circulen por la autopista en cumplimiento

de sus funciones específicas, se deriva del artículo 16 de la Ley de carreteras y caminos, de tal modo que su párrafo tercero es aplicable también a las autopistas porque el párrafo segundo adicionó al supuesto de explotación de las autopistas de forma directa por el Estado, las explotadas por cualquiera de las formas de gestión indirecta, entre las que se encuentra, según la legislación en materia de contratos del Estado, la concesión administrativa, sin que frente a esta normativa pueda prevalecer la cláusula 44 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, por aplicación del principio de jerarquía normativa.

El problema se reduce a determinar cuál es el régimen jurídico que rige para las empresas concesionarias de la explotación de autopistas, lo que permitirá decidir en cuanto a los vehículos ambulancias si es aplicable el régimen general del artículo 16.3 de la Ley de carreteras, que no establece más excepción para la exención de dichos vehículos que circulen «en el cumplimiento de sus funciones específicas», o si por el contrario es de aplicación la cláusula 44, letra *c*) del Decreto de 25 de enero de 1973, núm. 215/1973, que regula el Pliego de Cláusulas Generales para construcción, conservación y explotación de las Autopistas de Peaje en régimen de concesión, que circunscribe la exención del pago de la tasa «a cuando los vehículos ambulancias hubieran de realizar alguna misión en los terrenos de la autopista».

La respuesta procedente, habida cuenta que se trata de una autopista gestionada en régimen de concesión administrativa, es que le son aplicables los preceptos de la Ley de autopistas y las disposiciones relativas a Pliegos de cláusulas y bases del concurso que contienen el régimen jurídico, administrativo y económico, de la concesión mediante la que se gestiona la explotación de la autopista.

Por ello, tal y como se establece en la cláusula primera del Pliego de las Generales de construcción, conservación y explotación, aprobado por el Decreto 215/1973, las concesiones «se regirán peculiarmente por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y sus normas de desarrollo y complementarias, por las prescripciones del correspondiente pliego de cláusulas particulares y, en lo que no resulte válidamente modificado por éste, por el presente pliego. Con carácter supletorio será de aplicación la legislación de contratos del Estado».

Como consecuencia, al declararse de aplicación el régimen de exención del Pliego de Condiciones Generales no se está desconociendo el principio de jerarquía normativa sino observando la prevalencia de la legislación específica sobre la general, y el respeto a la *lex contractus* que no contradice la normativa administrativa imperativa, sino que se ajusta a su previsión. (**STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.**)

HECHOS.—*Ambulancias Maiz S.A., Ambulancias Guipúzcoa S.C. y Larrialdiak S.C.*, interponen demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao, suplicando, entre otros extremos, que declare el derecho de exención de peaje en la Autopista Bilbao-Behobia, a favor de las ambulancias de las empresas demandantes cuando utilicen la misma en el ejercicio de sus funciones específicas. El Tribunal dicta sentencia a este respecto con fecha 6 de octubre de 1995, estimando la demanda presentada.

Por tal motivo, la entidad *Europistas Concesionaria Española S.A.* interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: primero.—Al amparo del 1692.4 LEC, se denuncia infracción por inaplicación del artículo 14 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de

autopistas de peaje; segundo.—Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida del artículo 16.3 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras y caminos; tercero.—Bajo el mismo ordinal también, se denuncia infracción por violación del artículo 17 de la Ley 25/1988, de 29 de julio; cuarto.—Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación indebida de los artículos 156 y 157 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas; y quinto.—Igualmente, al amparo de idéntico ordinal, se alega infracción de la jurisprudencia contenida en las SS de 23 de diciembre de 1990, 23 de noviembre de 1991 y 18 de octubre de 1994. (J. L. B.)

28. El establecimiento de un vínculo solidario no exige la mención expresa en el contrato.—La solidaridad no se presume, la regla general es precisamente la de la mancomunidad entre los obligados, pero no es menos verdadero y exacto que para que exista tal vínculo de solidaridad no se requiere que expresamente así se diga en la literalidad del documento contractual, ni un pacto escrito para ello. La solidaridad no precisa para su establecimiento su expresión con constancia escrita y expresa, ni el empleo de un vocablo, siendo bastante que aparezca de modo evidente la voluntad de las partes de poder prestar o exigir íntegramente la cosa objeto de la obligación. (STS de 28 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *I. y P. I., S.A.* celebra un contrato de arrendamiento de una nave con las mercantiles *S., S.A. y C., S.A. en liquidación*. Ante el impago de las rentas pactadas, la arrendadora insta el desahucio. Una vez declarado éste, la representante de *C., S.A.* (administradora de las dos sociedades demandadas) entrega las llaves del local y posteriormente procede a la retirada de todos sus bienes, quedando en el local los bienes de la mercantil *S., S.A. en liquidación* que finalmente fueron lanzados por una Comisión Judicial. La arrendadora reclama solidariamente a las arrendatarias las rentas que se refieren al período entre febrero y mayo de 1990, fecha en la que *C., S.A.* entrega la posesión del inmueble arrendado. En primera instancia y en apelación se estima íntegramente la demanda de la arrendadora. La mercantil *S., S.A. en liquidación* recurre la sentencia de apelación ante el TS por entender que en el contrato de arrendamiento no se estableció solidaridad y las rentas se giraron por separado. (M. C. P. A.)

29. Pago de deuda ajena.—Estima el motivo primero del recurso que en la sentencia recurrida existe exceso en el ejercicio de la jurisdicción por haber entrado a conocer la Sala de instancia de la rebaja del tipo del IVA.

La factura expedida el 2 de julio de 1993 fue emitida con una repercusión del IVA del 15 por 100, pero la sentencia de la Audiencia Provincial, ahora recurrida, en su fundamento jurídico cuarto, rectifica el tipo impositivo al 12 por 100 por estimar que es el que regía a la fecha del otorgamiento del contrato.

Añade el motivo que las partes contratantes no concretaron el tipo del IVA y que la Sala sentenciadora resuelve una cuestión, atendiendo a la base imponible y al tipo de IVA y lo que se cuestiona en el motivo es la competencia de dicho Tribunal para determinar el tipo de IVA repercutible, porque ello afecta a la materia tributaria.

Sin embargo, el motivo no puede ser acogido, porque, como señaló la STS de 27 de enero de 1996, si bien la obligación de abonar el impuesto encuentra su apoyo en preceptos de carácter fiscal, lo debatido en la litis no es la inexcusabilidad de tal abono, sino la permisibilidad de su repercusión a quien debe soportarlo por ser la portadora. Si ha de ser el 12 o el 15 por 100, no es por razones de tipo fiscal, sino exclusivamente en atención a lo dispuesto por las propias partes en sus acuerdos, contrato y demás actos concluyentes y atendiendo a fecha que en que no figura señalado tributariamente si ha de aplicarse el tipo del 12 o del 15 por 100, atendiendo sólo a la fecha del contrato o emisión de la factura, tema exclusivamente civil.

El motivo segundo del recurso de casación, concluye que el artículo 1158.II CC, no se refiere a la subrogación por pago, pues el tercero que satisface una deuda al acreedor sólo adquiere un derecho de reembolso, que por tanto no puede exceder de lo que efectivamente satisfizo.

Según el Tribunal, el motivo debe acogerse, ya que, como señaló en una sentencia anterior de 8 de mayo de 1992, el artículo 1158.II CC se refiere a las personas que voluntariamente pagan deudas ajenas y el deudor a que se alude en el precepto es el real y verdadero, el obligado al pago. Se trata, en definitiva, de un tercero que interviene en la obligación, pagándola, o lo que es lo mismo, realizando el cumplimiento que incumbía y pesaba sobre el deudor que era el únicamente obligado y al único al que el acreedor podía exigir tal cumplimiento.

El precepto referido regula la acción de reembolso para que el tercero reclame al deudor lo que realmente hubiera pagado sabiendo que pagaba por otro y, por tanto, una deuda ajena, por lo que no puede reclamar la totalidad de la deuda, si pagó una suma inferior a esa totalidad (SSTS de 26 de junio de 1925, 7 de febrero de 1956 y 30 de junio de 1966). Se confiere un derecho de reembolso sobre las cantidades que hubiera satisfecho por cuenta y nombre de otro y no en su propio beneficio (SSTS de 26 de noviembre de 1926, 8 de abril de 1948, 15 de octubre de 1959 y 25 y 30 de junio de 1966).

El tercer motivo casacional sostiene que la resolución recurrida ha rechazado el resultado de la prueba pericial por entender que fue practicada sólo en base a la documentación aportada por la actora.

Este argumento es rechazado porque pretende nada menos que una nueva valoración de la prueba pericial no acogida por el Tribunal de instancia. De hecho, resulta inimpugnable en casación la apreciación y valoración de la prueba pericial acogida por el citado Tribunal de instancia, porque dicha prueba es de libre apreciación, debiendo tenerse en cuenta tan sólo las reglas de la sana crítica y no puede pretenderse que se valoren por tercera vez los elementos de convicción aportados al proceso y convertir el recurso extraordinario de casación en una tercera instancia. Por consiguiente, la apreciación de tal prueba corresponde exclusivamente a los Tribunales de instancia, mientras no se acredite su contradicción con la lógica (SSTS de 10 de junio de 1992, 10 de marzo y 11 de octubre de 1994, 30 de diciembre de 1997, 20 de marzo, 11 de abril y 16 de octubre de 1998, 26 de febrero y 15 de julio de 1999 y 14 de octubre de 2000). En definitiva, que la apreciación y valoración de la prueba de peritos está privada del acceso casacional, salvo los casos de error notorio en su valoración que sólo ocurrirá, como señaló la S de 12 de febrero de 1992, cuando el juzgador *a quo* tergiverse ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas.

El cuarto y último motivo señala que la sentencia recurrida declara probado que la «máquina afiladora en verde», inicialmente contratada por la hoy recurrente, contenía varios elementos usados. Estima, asimismo, que la existencia de tales piezas en dicha máquina era perfectamente conocida por la parte recurrida, la cual no ejercitó acción alguna en la contestación de la demanda. Así, el Tribunal, de oficio, aplica a su favor la acción *quanti minoris* prevista en el artículo 1486 CC. Por otro lado, se considera violado el artículo 1490 CC, porque el plazo de caducidad es de seis meses.

Sin embargo, el motivo alegado es totalmente inexacto, ya que la demandada no ha ejercitado tal acción, porque no formuló reconvenCIÓN y lo que realizó fue la alegación de créditos compensatorios frente a la reclamación de la actora. Tampoco ejercitó tal acción *quanti minoris* la Sala *a quo*, y lo único que hizo fue apreciar una compensación. (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lérida, se promueve demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. Admitida a trámite y comparecida la parte demandada, la contestó oponiéndose a la misma. Se dictó sentencia a este respecto con fecha 27 de septiembre de 1995, estimando la demanda. Frente a tal resolución, se interpone recurso de apelación que resulta admitido y, sustanciada la alzada, la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Lérida dicta sentencia estimatoria en fecha 12 de enero de 1996. Finalmente, se formaliza recurso de casación en base a los siguientes motivos: primero.—Al amparo del artículo 1692.1 LEC, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción; segundo.—Al amparo del artículo 1692,4.^º LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, por interpretación errónea del artículo 1158,2 CC y de las SSTS de 5 de noviembre de 1983, 18 de febrero de 1985 y 8 de mayo de 1992; tercero.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, por violación del artículo 1243 CC en relación con el artículo 632 LEC y las sentencias citadas; y cuarto.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, por violación de los artículos 1484, inciso primero, 1486.1 y 1490, todos del Código civil, y SSTS de 22 de diciembre de 1971 y 10 de marzo de 1994. (J. L. B.)

30. Concepto de lucro cesante.—La jurisprudencia del TS ha reiterado en diversas ocasiones que el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del decurso normal de las cosas y las circunstancias especiales del caso concreto. Nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente sentido restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que esas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante. Esta doctrina resalta la apreciación restrictiva o ponderada y la

necesidad de probar con rigor la realidad o existencia («aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos») pues el lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias contingentes o fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad. También se ha puesto de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal, que en realidad no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento.

Prueba y cuantificación del lucro cesante.—La doctrina jurisprudencial es clara al establecer que el lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se ha dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas y contingentes. Del mismo modo, la jurisprudencia ha venido reiterando el carácter de cuestión de hecho de la determinación de la existencia y cuantificación económica del lucro cesante, por lo que sólo excepcionalmente cabe plantear el tema en casación.

Dolo como causa de incumplimiento contractual: aplicación del artículo 1107 CC y carga de la prueba.—El artículo 1107, párrafo segundo, CC se refiere a la extensión de la indemnización cuando la causa del incumplimiento de la obligación es el dolo. Para aplicar este precepto es preciso que se haya apreciado la existencia del dolo como causa de incumplimiento, lo que requiere que se haya probado y la carga de la prueba incumbe a quien pretende se aplique en su beneficio. En este punto coincide el dolo como causa de incumplimiento con el dolo vicio de la voluntad del artículo 1269 CC, por lo que le es aplicable la misma conclusión de atribuir el *onus probandi* a quien lo alega. (STS de 22 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad *T.F.C.R., S.L.* pide la resolución del contrato celebrado con la Sociedad *E.E.U.S 92, S.A.* (hoy *S.E.G.A.*) por incumplimiento imputable a la demandada y que en consecuencia se le devuelva la cantidad pagada a la firma del contrato de concesión, la devolución de los avales entregados, por importe de dos y cinco millones de pesetas, que se le paguen los gastos realizados, justificados documentalmente, para la instalación de un tablao (409.735 pts.) y por último, que se le indemnice, en concepto de daños y perjuicios, con la cantidad de 645.948.019 pesetas. En primera instancia se declara la resolución del contrato y se estiman las peticiones de la demandante, salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios y la Audiencia Provincial, estimando en parte el recurso de apelación, fija la indemnización de daños y perjuicios en 9.000.000 de pesetas. Las dos entidades implicadas recurren en casación. (M. C. P. A.)

31. Créditos salariales: preferencia. Plazo para su ejercicio.—El único motivo de casación se articula al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, y en él se cita como infringido el artículo 32.6 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), que dispone que «el plazo para ejercitarse los derechos de preferencia del crédito salarial es el de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos». La respuesta casacional que ha de darse al motivo ha de partir de que no se cuestiona que los trabajadores reclamaron sus salarios dentro del plazo estatuido por el artículo 32.6 ET, y de que, cuando FOGASA se

subroga, los créditos de aquéllos habían sido reconocidos por sentencia firme mediante acción contra su empleador (*Naviera Aznar, S.A.*).

Interpretado el precepto con arreglo a su letra, el ejercicio de la preferencia ha de tener lugar en el plazo de un año desde que se debieron los salarios. Pero así quedaría en el vacío, pues si los trabajadores han de reclamar judicialmente sus créditos salariales, y una vez obtenida sentencia firme en que se reconozcan y obligue al empleador a su pago, proceder a su ejecución, fase en la cual es donde puede necesitarse actuar la preferencia sobre otros acreedores, es de evidencia palmaria que el plazo de un año ya ha transcurrido, aunque los trabajadores lo reclamasen dentro del año.

De ahí que la doctrina de esta Sala sea la de que cuando la reclamación ante la Magistratura de Trabajo se hace dentro del año, la preferencia queda definitivamente unida al crédito, subrogándose FOGASA, no en una acción ya agotada, sino en la ejecución de la sentencia recaída como consecuencia del susodicho ejercicio (S de 20 de mayo de 1994 y las que cita).

Esta consideración sobre el que el artículo 32.6 ET llama «derecho de preferencia» es más ajustado a su verdadera naturaleza, que es la de una facultad que se integra dentro del contenido del derecho de crédito, y legítima para hacerlo valer frente a los otros acreedores del deudor común sobre el precio de venta de unos mismos bienes de su propiedad, satisfaciéndose con anterioridad a los mismos. Para eso vale el privilegio, no para exigir del deudor el pago del crédito, contra él no hay que alegar ninguna preferencia, que es un tema a ventilar sólo entre sus acreedores. El derecho de preferencia no tiene sustantividad propia, no es un derecho subjetivo que se añada al de crédito, sino que es este mismo dotado de la facultad de oponerlo a otros acreedores que la ley concede, y cuyo nacimiento puede conectarlo a determinados presupuestos, que en el artículo 32.6 ET es la exigencia del crédito salarial en el plazo que establece. Si así no se hiciera, no es que el llamado derecho de preferencia «prescriba», es que no llega a nacer. (STS de 21 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía instados por el señor Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, contra el *Sindicato de Obligacionistas de Naviera Aznar, S.A.*, emisión de 27 de julio de 1976 y contra *Naviera Aznar, S.A.*, declarada en rebeldía, sobre tercería de mejor derecho. Por el Juzgado se dicta sentencia desestimatoria, siendo revocada por la Audiencia Provincial. En nombre y representación de *Sindicatos de Obligacionistas de Naviera Aznar, S.A.*, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación al amparo del número 4 del artículo 1692 LEC, denunciando la infracción del artículo 32.6 ET. (A. G. B.)

32. La transmisión de una posición contractual compleja integrada por derechos y obligaciones debe calificarse como cesión de contrato.—La posición contractual del cedente comportaba la titularidad de ciertos derechos, con la contrapartida de diversas obligaciones. La complejidad de las relaciones en las que el contratante había intervenido determinaba que si era sujeto activo de derechos, estaba a la vez obligado a realizar determinadas prestaciones como contrapartida de aquéllos, por lo que la transmisión de unos y otras no puede llevarse a efecto sin la conformidad del contratante o

contratantes que se hallasen en condiciones de exigir el cumplimiento de alguna de dichas prestaciones recíprocas.

Eficacia de la cesión de contrato.—La figura conocida como cesión de contrato requiere inexcusablemente para su eficacia, además del consentimiento del cedente y el cessionario, la del contratante «cedido». (STS de 21 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad inmobiliaria A., diciendo ostentar determinados derechos sobre fincas de *H. C.*, como consecuencia de las relaciones jurídicas establecidas con *H. 2000 Construcciones P. S.A. y T. y Construcciones, S.A.* y por éstas a su vez con la mencionada *H. C.*, celebra el 22 de febrero de 1993 un contrato con *R. y Asociados*, que había mostrado su interés en comprar las fincas. A. hacía constar en este contrato su intención de resolver los anteriormente concluidos con las mercantiles mencionadas, lo que la facultaría para exigir a *H. C.*, titular registral de los terrenos, el 50 por 100 de las cantidades que en virtud de los negocios afectados por la resolución hubiese percibido. A cambio, *R. y Asociados* o quien de ésta trajera causa, podría realizar la compra que proyectaba y en tal caso se comprometía a hacer constar en el documento que del precio abonado a la vendedora ésta debía entregar a A. una cantidad resultante de la aplicación de una fórmula que se incluía en el contrato. El 16 de marzo de 1993 la mercantil *A. y F.*, sustituyendo a *R. y Asociados* compra las fincas a *H. C.* pero no se da exacto cumplimiento a lo convenido con A., ya que en este caso la compradora retenía parte del precio y se comprometía a abonar la cantidad en cuestión a A., a *Construcciones P.* o a *H. 2000* según estas sociedades decidieran de mutuo acuerdo, o, de no lograrse, a la que decidieran los Tribunales. (M. C. P. A.)

33. Contrato de suministro de carbón térmico. Resolución por incumplimiento de la compradora. Cláusula *rebus sic stantibus*.—En el primer motivo la recurrente ENDESA combate la inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*. Para que proceda la referida cláusula en los contratos duraderos la jurisprudencia reiterada de esta Sala, desde las decisivas SS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 27 de mayo de 1957, se parte de que, no obstante apoyarse en principios de equidad, su aplicación por los Tribunales ha de hacerse cautelosamente y con moderación y así sólo procede cuando se cumplen los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso (S de 6 de noviembre de 1992), y vienen a consistir en que se produzca alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación a las previstas al tiempo de su celebración (SS de 17 de noviembre, 14 de diciembre de 1993, 4 de febrero de 1995 y 29 de enero de 1996), tratándose por tanto de circunstancias imprevisibles por completo (SS de 23 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 4 de febrero de 1994), y que vienen a actuar aportando una desproporción inusitada y exorbitante, fuera de todo cálculo, que aniquila el necesario equilibrio de las prestaciones (SS de 15 de marzo de 1994 y 19 de mayo de 1996), otorgándose a la referida cláusula efectos modificativos del contrato, encaminados a compensar el desequilibrio obligacional instaurado —lo que supone plantear demanda o, en su caso, su petición por vía reconvencional—, pero no autoriza la extinción o

resolución de la relación por la alteración sobrevenida de la base negocial (SS de 6 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994 y 19 de junio de 1996), lo que cabría considerar teóricamente si se diera desaparición total de dicha base, determinante de imposibilidad plena en el cumplimiento de las prestaciones.

La doctrina jurisprudencial se acomoda, en cierto sentido, al concepto de *hardship*, acogido en los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (Roma, 1955), al declarar que concurre cuando sucesos posteriores, no razonablemente previstos, imponen una excesiva onerosidad.

Los requisitos que la jurisprudencia exige para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, deben necesariamente acreditarse en forma razonablemente contundente y decisiva (SS de 23 de junio de 1997, que cita las de 6 de noviembre de 1992, 4 de febrero, 15 de marzo y 14 de diciembre de 1994 y 29 de enero de 1996). (STS de 17 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes celebraron en fecha 28 de junio de 1983, contrato de suministro de carbón térmico, siendo la recurrente la receptora, con destino a su Central Térmica en Teruel y la actora la parte suministradora, con una duración de quince años. El contrato tuvo una ejecución en el ámbito de la normalidad hasta que por carta de la recurrente, de 17 de julio de 1985, ENDESA rehusó recibir toda clase de suministros, alegando que la subvención económica concedida por Ofico (Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica, dependiente del Ministerio de Industria y Energía), como compensación por almacenamiento, no incluía a la actora VALMISA y desde este momento ENDESA no volvió a formular pedidos de clase alguna, por lo que no se produjeron suministros en el tiempo que restaba de la vigencia del contrato (años 1986, 1987 y 1988 —hasta el 28 de junio—). (O. M. B.)

34. La doble venta presupone identidad del objeto de ambas compraventas.—No hay doble venta cuando no concurren los dos elementos de ésta: que cuando se perfecciona la segunda venta la primera no haya sido consumada y que haya identidad del objeto de ambas compraventas. Se da el supuesto de doble venta cuando una misma cosa es vendida por el mismo propietario a diversos compradores, es decir, identidad de la cosa objeto de ambas compraventas y que las ventas se hayan celebrado antes de que la cosa haya sido adquirida por un comprador.

Distinción entre doble venta y venta de cosa ajena.—No debe confundirse la doble venta con la venta de cosa ajena, ya que si el vendedor vende la misma cosa a varias personas, el artículo 1473 CC regula quien la adquiere, pero si la vende y el comprador la adquiere, la segunda venta no será una doble venta sino venta de cosa ajena. (STS de 19 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Por Decreto de 1966 se produce la expropiación forzosa de dos fincas propiedad de doña C. A. y se celebra entre ésta y el Ayuntamiento del lugar un «convenio sustitutivo de la expropiación» por el que se reconoce a doña C. A. un determinado volumen edificable en cierto polígono del Plan General de Ordenación Urbana del municipio. Doña C. A. vende en escritura pública a doña M. D. G. el mencionado volumen. Posteriormente, en 1990, el Plan General fue modificado y de la parcelación resultó que a

doña C. A. se le adjudicó, junto con otras personas, la copropiedad de un porcentaje de determinada parcela, titularidad que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. El hijo de doña C. A., en nombre y representación de aquella, vende, el 6 de abril de 1993, la participación indivisa de la parcela al Ayuntamiento en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Doña M. D. G. presentó en mayo de 1993 la escritura de 1977 y le fue denegada la inscripción por el Registrador de la propiedad «por no figurar previamente inscrito el derecho objeto de transmisión». En primera instancia se desestima la demanda de doña M. D. G. frente al Ayuntamiento, pero la Audiencia estima la apelación y anula la compraventa entre doña C. A. y el Ayuntamiento. (M. C. P. A.)

35. Interpretación restrictiva del artículo 1502 CC.—El artículo 1502 CC, que permite al comprador suspender el pago del precio de la compra del inmueble cuando tenga fundado temor de ser alterado por una acción reivindicatoria o por una acción hipotecaria, ha de ser interpretado restrictivamente y su supuesto de hecho no podrá ser nunca ampliado a casos distintos no comprendidos en el texto legal.

La notificación al vendedor es requisito de aplicación de este precepto.—La efectividad del artículo 1502 CC exige como requisito *sine qua non* que la decisión de suspender el pago se notifique con carácter previo al vendedor, pues esa decisión no puede ser indefinida, ni puede subsistir cuando el vendedor afiance la devolución del precio; lo que no podrá hacer si no se le notifica esa facultad suspensiva. (STS de 14 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *I. S.A.* insta la resolución del contrato de compraventa de una vivienda celebrado con doña M. C. S. P. S., reclamando la indemnización de los daños y perjuicios producidos, que se cifra en la cantidad equivalente a las rentas que se deberían pagar por el arrendamiento de un inmueble de características y ubicación semejantes, desde la fecha del requerimiento notarial hasta la restitución a la vendedora. En primera instancia se declara resuelto el contrato, se ordena el desalojo de la vivienda y se condena a la demandada al abono de los daños y perjuicios. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. (M. C. P. A.)

36. Resolución de contrato de compraventa. Requerimiento resolutorio ex artículo 1504 CC.—Tiene declarado esta Sala con reiteración, por todas SS de 1 de junio de 1987, «que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1504 CC, como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir, en que finalidad última que es el ejercicio de la resolución se condiciona (en sentido técnico jurídico), se subordina al cumplimiento de un acto, el pago por el comprador». Si bien en el contrato cuya resolución se pide no se estableció un plazo o día determinado para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y simultánea entrega de la parte aplazada del precio, ello implica que cualquiera de las partes podía exigir cuando tuviese por conveniente el cumplimiento de esas obligaciones recíprocas; señalado por los vendedores el día para el recíproco

cumplimiento de las obligaciones pactadas, nada impedía subordinar la resolución contractual a la incomparecencia de la compradora al acto de otorgamiento de la escritura y consiguiente impago del precio debido; no se trata de que, como parece entender la Sala *a quo*, los vendedores declararan resuelto el contrato antes de que se produjera el incumplimiento de la obligación de pago por la vendedora, sino que manifestaron esa voluntad resolutoria para el caso de que se diese referido incumplimiento. Dieron así cumplimiento los vendedores a lo preceptuado en el artículo 1504 CC «en el cual, dice la S de 18 de marzo de 1994, no se exige que el requerimiento sea posterior al impago y no hay obstáculo legal alguno para que esa voluntad obstativa al pago se manifieste con antelación al vencimiento de la obligación, pero para que produzca efectos producido el impago». En consecuencia procede la estimación del motivo.

Consecuencia del previo incumplimiento del vendedor.—El motivo segundo del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la infracción del artículo 1124 CC, consistente en declarar que ha existido un previo incumplimiento de los vendedores que impide a éstos ejercitar con éxito la acción resolutoria del contrato. Como ya dijo la S de 12 de marzo de 1985 «como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en exégesis del artículo 1504, con su complemento del artículo 1124 CC, en las obligaciones bilaterales o recíprocas como son las que por su índole y naturaleza provienen del contrato cuestionado, la facultad de resolución parte de la base de que quien la ejercita haya cumplido con carácter previo, fielmente frente a la otra parte que ha dejado de hacerlo, dado que, bajo un aspecto, sería contraria a toda razón lógico-jurídica yendo contra el principio de que lo pactado tiene fuerza de obligar entre las partes». Por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala que la determinación de la existencia o no de incumplimiento contractual es cuestión de hecho, como de la soberana apreciación de los Tribunales de instancia cuyas conclusiones han de ser mantenidas en casación en tanto no resulten desvirtuadas por haber incurrido la Sala *a quo* en error de derecho en la valoración de las pruebas con infracción de las normas reguladoras de la misma; no obstante esa determinación del cumplimiento o incumplimiento contractual puede constituir también una cuestión de derecho cuando la base para la determinación de ese incumplimiento, más que en los actos ejecutados está en la trascendencia jurídica de los mismos». (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 27 de enero de 1989, los demandantes, como vendedores, y la demandada, como compradora, celebraron un contrato de compraventa sobre una finca, habiéndose entregado en el acto de la firma del contrato la cantidad de dos millones de pesetas, pactándose que el resto del precio se pagaría contra el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la finca objeto de transacción.

El 23 de julio de 1992 los vendedores requirieron por conducto notarial a la compradora a fin de que compareciese en determinada Notaría, a las 11 horas del día 16 de septiembre del mismo año, para otorgar la escritura y satisfacer coetáneamente la cantidad pendiente de pago, y que, caso de incomparecencia, tendría lugar de pleno derecho la resolución del contrato. (O.M.B.)

37. Arrendamiento financiero. Tercería de dominio. Cumplimiento del requisito del artículo 1537 LEC de 1881.—Dice la S de 14 de febrero de 1995 que «el artículo 1537 LEC establece que con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, sin cuyo requisito no se le dará curso, es decir, que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero sin que se exija ni pueda exigirse, según doctrina de esta Sala, que el documento necesite hacer prueba plena de la demanda, pues al resolverse el fondo del litigio es donde ha de hacerse análisis de dicho título, cuyo examen, calificación y alcance constituye la esencia ejercitada» y en similares términos se pronuncia la S de 11 de febrero de 1999. Presentado con la demanda un contrato de arrendamiento financiero documentado en póliza intervenida por corredor de comercio, en el que la actora aparece como arrendadora de los bienes objeto de la tercería de dominio, está suficientemente cumplimentado el requisito procesal que impone el invocado artículo 1537 LEC.

Alegación de un bloque de artículos de contenido diverso como infringidos. Deficiente técnica casacional.—Es doctrina reiterada de esta Sala (S de 31 de diciembre de 1998 y las en ella citadas) la de que la determinación de la conceptuación jurídica relativa a un contrato constituye una cuestión de interpretación del mismo en orden a su calificación, que está atribuida al Juzgador de instancia, y su resultado ha de ser respetado en casación si no es ilógico, inverosímil o contrario a las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC. Asimismo es doctrina jurisprudencial reiterada, recogida en S de 20 de febrero de 1997, la de que «las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289, ambas inclusive del Código civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí de los cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal»; este carácter complementario y subsidiario que respecto del artículo 1281.1.º CC tienen las normas interpretativas contenidas en los siguientes preceptos del Código civil, impide que, en aras de la claridad que en la formulación de los motivos de casación impone el artículo 1707 LEC, en un mismo motivo se citen de forma conjunta o indiscriminada los artículos 1281 a 1289 CC, pues tal cita no permite conocer a la Sala cuál es el criterio o norma interpretativa que se considera infringida por el Tribunal de instancia.

El bajo valor residual del objeto no es circunstancia que por sí misma obligue a considerarlo como venta a plazo.—Dice la S de 28 de noviembre de 1997, citada en la de 1 de febrero de 1999 que «no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto de tanta veces mencionado contrato de arrendamiento financiero también conocido como *leasing*»; en consecuencia no es suficiente para desvirtuar la calificación del contrato hecha por la Sala de instancia el montante del valor residual no concurriendo otras circunstancias que permitan declarar la existencia de una voluntad simuladora entre las partes tendente a encubrir la existencia de un

contrato de venta a plazos de bienes muebles. (**STS de 3 de noviembre de 2000**; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida estima la demanda de tercera de dominio formulada por *BBV, S.A.* frente a la *Tesorería General de la Seguridad Social* y la entidad mercantil *Izahe, S.A.*, referida a los bienes muebles embargados en expediente administrativo de apremio a la sociedad codemandada por la *Tesorería General de la Seguridad Social*; la actora alegó como fundamento de su pretensión la existencia de un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre ella y la sociedad codemandada. (*A. G. B.*)

38. Leasing financiero. Inexistencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario.—Tanto el artículo 19 del Real Decreto-Ley de Ordenación Económica de 25 de febrero de 1977, como el Real Decreto 1699/1980 y, esencialmente, de la DA 7.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, vienen a determinar, según destaca la S de esta Sala de 19 de julio de 1999 con las demás que por antecedente reconoce, que la arrendadora en *leasing* es la titular dominical del bien y lo reafirma su posibilidad de convertirse en transmisora del dominio que le corresponde si el arrendatario ejercita la opción de compra residual que es el elemento primordial del contrato para obviar sus dificultades de financiación que resuelve con esa finalidad última, optativa para el arrendamiento de venir en propietario, la arrendadora a través de las cuotas de amortización que con su beneficio se hayan calculado.

La relación directa se produce entre ambos elementos personales intervenientes en el contrato de arrendamiento e impone únicamente la presencia de ambos en el procedimiento, con lo cual no puede acogerse la excepción de litisconsorcio pasivo que se invoca —por cierto que con apoyo procesal incorrecto ya que afectando a la posibilidad de indefensión por quebrantamiento de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales la referencia correcta habría de ser al núm. 3 del art. 1692 LEC— pues referido ese presupuesto a quien directamente pueda resultar afectado por la resolución final del procedimiento, no se produce aquí por la ausencia de quien en su día vendió a la entidad arrendadora lo que después ésta dio en *leasing* al demandante, únicos afectados, a través de esa concreta relación contractual, por la resolución que aquí se dicte en atención a la base de la pretensión en que se ampara la acción ejercitada, la falta y no entrega de la documentación que legalice la actividad de la maquinaria arrendada. (**STS de 25 de enero de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—El 7 de noviembre de 1991 la entidad *Uninter Leasing, S.A. (Unileasing)*, después *Hispamer Leasing* en nueva denominación que mantiene, siendo propietaria de una retroexcavadora mixta Benat 2000 con instalación de martillo, concertó, como arrendadora de don A. T. D. el arrendamiento financiero de dicha máquina mediante pagos anuales de cuotas de 116.543 pesetas con vencimiento el primero el 5 de diciembre de aquel año y el último el 5 de noviembre de 1995 con la cuota residual de opción de compra en la misma cuantía. Recibida a satisfacción dicha máquina por el arrendatario, la arrendadora subroga a dicho usuario en cuantos derechos y acciones le correspondan frente a quien había sido su proveedor y dicho usuario libera a la arrendadora de toda responsabilidad por las

condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes. La máquina no pudo ser matriculada y registrada en la Delegación Provincial de Tráfico de Badajoz por carencia de documentación necesaria y por este motivo formula queja el usuario en 1994, la reitera el 19 de febrero de ese año y en 21 de octubre del mismo comunica a la arrendadora para que le entregue en plazo de diez días la documentación, atención que no se le ha prestado y ha llevado a la formulación de la demanda rectora interesando, por ello, la nulidad de dicho contrato con las devoluciones e indemnizaciones que se especifican. Desestimada la demanda en primera instancia por acogimiento de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, invocada al no haberse demandado al en su día vendedor de la máquina a *Unileasing*, rechazándose tal excepción en la sentencia de apelación. (O. M. B.)

39. La nulidad del valor residual no excluye que exista un contrato de arrendamiento financiero, sobre todo cuando recae sobre bienes de equipo.—De acuerdo a la actual doctrina de esta Sala de la que es una muestra las SS de 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero, 15 de junio, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999, que este dato de la nulidad del valor residual no es indicativo por sí solo para entender que no estamos en presencia de un *leasing* financiero, y más que, como ocurre en este supuesto, el objeto de arrendamiento «recae sobre bienes de equipo —S de 10 de abril de 1981— que se integran en el círculo de producción del usuario, cuya duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien, en el que el cómputo del precio se hace de suerte que el importe de las mensualidades más el llamado valor residual rebasan el cuanto de la suma desembolsada», hace que, dado que los bienes se adquirieron para integrarlos en la cadena de producción industrial de la empresa arrendataria, mediante el pago de una renta mensual, se cumple el núcleo que es soporte económico del contrato.

Al no haberse probado la simulación relativa, la calificación del contrato es la de arrendamiento financiero.—Menos entidad tienen las otras dos argumentaciones de la sentencia recurrida, para hacer perder la verdadera calificación jurídica del contrato como de arrendamiento financiero, que se refieren: una, a que en la póliza mercantil no se hizo distinción sobre la parte que corresponde al coste del bien y lo que significaba carga financiera, por ser esta diferenciación un requisito que se ha exigido a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, pero su cumplimiento en forma alguna puede pedirse al contrato de autos por no estar vigente la norma en la fecha de su perfección; finalmente el otro razonamiento se refiere a que la entidad arrendadora y actora en este procedimiento, junto a los recibos de las seis cuotas impagadas, puso en circulación el recibo correspondiente al ejercicio de la opción de compra; ahora bien, hay que tener presente que la entidad actora, por tratarse de recibos y no de letras de cambio, lo que hizo la entidad arrendadora es pasarlo al cobro al Banco Mercantil de Tarragona en la sucursal de Gerona, recibo correspondiente a la cantidad residual que evidentemente no fue atendido por dicha sucursal bancaria, como los otros seis correspondientes a las cuotas mensuales; supuesto bien distinto al contemplado en la S de esta Sala, que se cita en la sentencia recurrida, de 28 de mayo de 1990, en el que se libraron a efectos de pago, letras de cambio aceptadas por la arrendataria, que la entidad arrendadora descontó, junto a las que constitúan el pago de la renta

periódica, la que representaba el valor residual, saliendo las letras descontadas de la posesión de la librador, supuesto que sí podía representar que el importe de ese valor no era otra cosa que el último plazo de la venta a plazo, pero esto no ocurre en el caso de autos, en el que el recibo no aparece descontado. Por lo expuesto hay que entender que, por una parte, no se ha acreditado la simulación relativa, y por otra, que el contrato es como la propia póliza mercantil determina, un arrendamiento financiero o de *leasing*, porque así lo han querido los contratantes, habiendo establecido para ellos los acuerdos para delimitar tanto los elementos subjetivo, como objetivos, así como su contenido obligacional, para constituir un contrato de esa clase, sin que se pueda apreciar simulación contractual alguna, por lo que estimando ambos motivos del recurso procede casar la sentencia recurrida. (**STS de 6 de marzo de 2001**; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante, Sociedad de arrendamiento financiero, interpuso una acción reivindicatoria, para recuperar la posesión de los bienes objeto de un arrendamiento financiero, debido a la falta de pago de las cuotas por parte de la arrendataria. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, al apreciar simulación relativa, por tratarse en realidad de una compraventa a plazos. El TS dio lugar al recurso de casación, calificando al contrato como arrendamiento financiero. (*L. F. R. S.*)

40. Arrendamiento financiero. El bajo valor residual del objeto no es circunstancia que por sí misma obligue a considerarlo como venta a plazo.—El motivo cuarto, al amparo del artículo 1692.4.º LEC de 1881, denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que establece que en los contratos de *leasing* en los que el valor de la opción de compra se fija en un precio puramente residual, se desvirtúa la naturaleza del arrendamiento financiero, resultando que se esconde bajo este contrato simulado una compraventa de bienes muebles a plazos.

El motivo se desestima porque el único dato que se alega para desvirtuar la naturaleza jurídica del arrendamiento financiero no es considerado por la doctrina de esta Sala relevante a este fin (SS de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 1 de febrero de 1999 y 7 de febrero de 2000, entre otras).

Alegación de un bloque de artículos de contenido diverso como infringidos. Deficiente técnica casacional.—Es doctrina harto reiterada de esta Sala la de que no pueden citarse como infringidos un bloque de artículos de contenido diverso, sino el precepto o preceptos que en concreto se hallan infringidos, pues el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia ni un procedimiento en el que el TS tuviese la carga de indagar qué preceptos del ordenamiento jurídico se han vulnerado. (**STS de 7 de marzo de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—*Renault Leasing, S.A.* interpuso tercera de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social y *Gravas Nofuentes, S.A.*, pretendiendo el alzamiento del embargo practicado por la Tesorería de varios vehículos a Gravas, alegando su propiedad con base en contratos de arrendamientos financieros concertados con anterioridad con Gravas. En su defecto, solicitaba que se declarase la preferencia de su crédito frente al de la Tesorería. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia la revocó parcialmente, estimando la tercera de mejor derecho. (*A. G. B.*)

41. *Leasing financiero.*—El contrato de arrendamiento financiero y su diferenciación con el de compraventa con precio aplazado, ha sido estudiado en las SSTS de 28 de mayo de 1990, 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999, y 7 de febrero y 16 de mayo de 2000.

Una consolidada doctrina jurisprudencial ha sancionado la falta de identidad de las figuras aludidas, pues pese a su indudable semejanza persiguen finalidades y producen efectos distintos. No obstante, la aludida similitud ha propiciado que en ocasiones se utilice la cobertura del *leasing* para ocultar una verdadera venta, a fin de obtener ventajas financieras y fiscales.

En otras SS (las de 1 de febrero y 20 de noviembre de 1999) se recoge la modalidad *lease back*, en la que la entidad financiera adquiere a su propietario determinados bienes —muebles o inmuebles— que a continuación cede a su anterior dueño en arrendamiento con opción de compra. También esta variedad contractual, que en principio ha de considerarse lícita, al amparo del principio de libertad recogido en el artículo 1255 CC, puede servir para disimular un contrato de préstamo simple de dinero al que a través de una compleja operación (en que se combinan la compraventa de un bien inmueble que posteriormente se arrienda al vendedor y opción de compra a favor de éste) se trata de añadir una garantía de devolución de la suma prestada.

En el caso de autos se desprende que hay una evidente diversidad de trato respecto a las rentas y al valor residual, que permiten establecer una clara diferenciación entre unas y otro, lo que sin duda responde a que la obligación de abono del último no queda ya prefijada, sino que surgirá eventualmente para el supuesto de que la arrendataria financiera decida ejercitar su derecho de adquirir la propiedad de los bienes. En otro caso, el recibo en que ha quedado expresado el valor residual, quedará simplemente sin efecto. Por todo ello, debe desestimarse el primer motivo alegado y, con iguales argumentos, también es rechazado el segundo, ya que no se ajusta a la realidad la afirmación de que la recurrente fue obligada a aceptar un documento de pago del valor residual, ni la de que este documento o recibo ha sido afianzado por terceras personas. Asimismo, en base a idénticas razones se desestima el tercer motivo de casación.

Con respecto al cuarto y último motivo casacional, señala el TS que, aun cuando en el fallo de instancia se condena a la demandada a devolver el inmueble, es evidente que se está haciendo referencia a los bienes objeto del contrato. Por otra parte, sobre la cuestión de la determinación de los daños y perjuicios, si bien en la demanda se solicitaba la resolución del contrato, con la devolución de aquéllos y de los inmuebles, así como el abono de los intereses a determinar en fase de ejecución de sentencia, dado que se ha producido un cumplimiento irregular de la obligación, procede hacer la aplicación de la cláusula penal en toda su extensión, con interpretación equitativa de la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 CC. La moderación de dicha cláusula penal implica la reducción de los intereses de la cantidad que en ejecución de sentencia se fije en concepto de daños y perjuicios, a los que devenga dicha suma únicamente desde la fecha de interposición de la demanda.

Por todo ello, atendidas las circunstancias concurrentes, la moderación de la cláusula penal que aquella resolución considera procedente, debe consistir en reducir la indemnización de daños y perjuicios prevista, al 10 por 100 del importe de los recibos que todavía no hubiesen vencido en el momento en que *Promoleasing* optó por la resolución del referido contrato. (STS de 21 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Promoleasing S.A.*, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra *Construcciones Isla Verde S.A.*, sobre resolución de contrato de arrendamiento financiero inmobiliario (*leasing*) y opción de compra, por impago de las cuotas-rentas del mismo, con devolución al actor de los inmuebles que constituyen el objeto del repetido contrato, con resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses a determinar en fase de ejecución de sentencia por la cantidad a que ascienda la pena convencional. A este respecto, se dictó sentencia en fecha 11 de noviembre de 1993, estimando la demanda citada. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, fallado de forma desestimatoria por sentencia de la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 22 de septiembre de 1995. Finalmente, se formaliza recurso de casación fundado en los siguientes motivos: primero.—Basado en el 1692.4.^º LEC, por considerar que la sentencia recurrida ha infringido, por inaplicación, el artículo 1281.2 CC, en relación con el 1282 del mismo texto, y jurisprudencia que los interpretan; segundo.—Fundado en el mismo precepto, al considerar la infracción por la resolución recurrida del artículo 1451 CC y de la jurisprudencia aplicable al contrato de opción de compra; tercero.—Al amparo del mismo precepto también, por infracción del artículo 19 del Real Decreto-Ley 14/1977, de 24 de enero, y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el artículo 1276 CC; y cuarto.—Con sede en el artículo 1692.3.^º LEC, por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, que se contienen en los artículos 359 y 360, en relación con el 372.3, todos ellos LEC, así como, por derivación de ello, por infracción del principio de tutela efectiva de los Tribunales, consagrado en el artículo 24 CE. (J. L. B.)

42. Donación. Poder especial.—Esta Sala, que se decanta por la cautela a la hora de admitir la validez de los actos de disposición que no aparezcan claramente especificados en el poder, ha sentado que para realizar actos de riguroso dominio, como el de donar, no valen las presunciones, sino que es indispensable el mandato expreso, cual exige el artículo 1713 CC (STS de 1 de febrero de 1956), que, en verdad, equivale más bien a mandato especial, y, en la coyuntura de autos, el poder, redactado en términos de generalidad, no menciona los actos dispositivos a título gratuito, sino que, al contrario, se refiere expresamente a adquirir y enajenar por compraventa e, inclusive, respecto a otros actos o contratos, menciona la determinación del precio entre las facultades concedidas a la mandataria en la concreción de las condiciones con los mismos, y, por ello y ante la imprecisión de la expresión «por otro título» acompañatoria en el documento a la facultad de enajenar, se sienta en esta sede que el poder que el recurrente tenía otorgado a favor de doña M. A. P. no facultaba a ésta para hacer las donaciones litigiosas.

Insuficiencia de normas reglamentarias para fundamentar recurso de casación.—No cabe alegar normas de carácter reglamentario para fundamentar un motivo de casación, salvo que su razón de ser se encuentre en el desarrollo de una ley sustantiva, en cuyo supuesto se admite su cita con la norma legal que le sirve de apoyo (STS de 30 de septiembre de 1991 y 29 de junio de 1993). (STS de 6 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El procurador don P. M.^a L. A., en nombre y representación de don J. L. B. B., promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre nulidad de donaciones y otros extremos, la cual fue íntegramente estimada, siendo revocada la sentencia de primera instancia por la Audiencia Provincial. El TS casa y anula la sentencia de la Audiencia. (A. G. B.)

43. Responsabilidad del arquitecto-director. Medidas de seguridad.—El recurso de casación es formulado en este caso por uno de los codemandados solidariamente condenado, arquitecto superior, director de la obra, como profesional independiente con contrato de prestación de servicios, con el promotor de la obra, basándose en un solo motivo que plantea la única cuestión jurídica que llega a casación: si al arquitecto superior, director de una obra, le alcanza la responsabilidad civil extracontractual por la muerte de un trabajador, por no haberse adoptado las medidas de seguridad.

La respuesta es negativa: el arquitecto superior, director de la obra, en contrato de prestación de servicios, no tiene la función de controlar las medidas de seguridad en la obra en construcción; ni así lo exige la Ordenanza de trabajo en construcción, vidrio y cerámica de 28 de agosto de 1970 que es una norma de carácter laboral aplicable a las relaciones derivadas del contrato de trabajo entre empresario y trabajadores, que no es el caso del arquitecto que interviene en la obra en construcción como profesional independiente, vinculado por un contrato de prestación de servicios. Con ello, se reitera lo ya resuelto por el propio TS en SS de 22 de noviembre de 1971 y de 27 de noviembre de 1993.

En consecuencia, procede la estimación del motivo de casación único del recurso interpuesto, formulado el amparo del artículo 1692.4.^º LEC, alegando la infracción del artículo 1902 CC. De hecho, dicho precepto tiene carácter de principio y ha sido desarrollado profusamente por la jurisprudencia, que va hacia una objetivación y destaca, cada vez más, el elemento del nexo causal. Así, no se puede atribuir el suceso, relación de causa a efecto, a la actuación activa u omisiva del arquitecto. De lo cual se deduce que las sentencias de instancia han infringido dicho artículo 1902 CC, al declarar la responsabilidad de un arquitecto por un hecho del que no ha sido causante. (**STS de 1 de febrero de 2001; ha lugar.**)

HECHOS.—El hecho de que se parte es la muerte de un trabajador, esposo de la demandante, en una obra en construcción, por una caída a la vía pública, siendo la causa la omisión de las medidas de seguridad consistentes en redes protectoras que, de haber estado puestas, no habría caído en el vacío, pero si la víctima hubiese adoptado las medidas de seguridad de llevar casco protector y cinturón de seguridad, no se habría producido su muerte. La esposa ejerció acción de responsabilidad civil extracontractual en su nombre y en el de su hijo menor de edad y se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Elche, con fecha 17 de diciembre de 1992, estimando parcialmente la demanda interpuesta. Interpuesto recurso de apelación, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1995, desestimándolo. Finalmente, se interpone recurso de casación con apoyo en un solo motivo, comprendido en el apartado cuarto del artículo 1692 LEC y fundado en la infracción de normas del Ordenamien-

to jurídico, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al infringirse por aplicación indebida o errónea el artículo 1902 CC. (J. L. B.)

44. Responsabilidad del arquitecto *ex artículo 1591 CC.*—Si el arquitecto demandado aceptó la obra tal como se hizo años atrás por otra constructora y bajo proyecto de arquitecto distinto, no es dudoso que aceptó la responsabilidad que de lo hecho se pudiera derivar, no puede escudarse en la ajeneidad del trabajo aceptado. La S de esta Sala de 10 de mayo de 1986 declaró: «como ya ha sido reiteradamente declarado por esta Sala, es obligación fundamental del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al aceptarlos y aplicarlos, sus conocimientos técnicos y profesionales los hace tuyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su profesión (SS de 29 de marzo de 1966; 22 de noviembre de 1971, 7 de octubre de 1983 y 13 de febrero, 5, 8 y 16 de junio de 1984)».

Este criterio de responsabilizar al arquitecto de obras realizadas por otro arquitecto y aceptadas sin protesta es el que ha recogido posteriormente la nueva Ley de edificación 38/1999, de 5 de noviembre, en cuyo artículo 17, apartado 7, se preceptúa en el párrafo segundo: «quien acepta la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto, sin perjuicio de la repetición que pudiera corresponderla frente al proyectista». (STS de 5 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Tenerife se dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por *Golf del Sur, S.A.* contra *Construcciones Isla Verde S.A.* y S. E. M. M. y la reconvención del segundo hacia el primero. Interpuesto recurso de apelación, el mismo es desestimado. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por *Golf del Sur, S.A.* (O. M. B.)

45. Ámbito de aplicación del artículo 1591 CC: concepto funcional de ruina.—El concepto de ruina está muy consolidado jurisprudencialmente; este concepto (que no es un supuesto de saneamiento por vicios ocultos) no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino mucho más amplio, el de ruina funcional que alcanza bien a toda la construcción o bien a parte o elementos de la misma, excediendo de imperfecciones corrientes. La doctrina que reiteradamente ha venido manteniendo la Sala para perfilar el concepto de ruina abunda en la idea de separarle de una interpretación literal, identificativa con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él a aquellos graves defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio. Lo que significa que la ruina funcional configura una auténtica violación del contrato y superador del significado riguroso y estricto de arruinamiento total o parcial de la obra hecha, se extien-

de a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato.

Responsabilidad solidaria.—El principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en la responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquéllas ha participado en la causación del mismo. Es decir, que no puede cargarse a la víctima de la ruina la prueba de cual ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinosa. A no ser que sea posible la responsabilidad individual de cada uno, todos ellos responden solidariamente. (STS de 15 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. L., como presidente de la comunidad de propietarios de las viviendas *P. M.* demanda a la empresa constructora de las citadas viviendas, los arquitectos y los aparejadores, entablando contra ellos la acción de responsabilidad decenal derivada del artículo 1591 CC, por las deficiencias constructivas y vicios ruinógenos que presentan los inmuebles. Tanto en primera instancia como en apelación se condena solidariamente a todos los demandados. (*M. C. P. A.*)

46. Sentencia penal absolutoria.—Las sentencias absolutorias dictadas en procedimiento penal por imprudencia no obstan a que se pueda entablar la correspondiente acción civil por culpa extracontractual, porque ésta tiene un radio de aplicación más amplio que la penal, por lo que hechos culposos que pueden dar lugar a la primera en cambio, no pueden estar comprendidos dentro de la segunda, habida cuenta, su carácter más restrictivo debido a su naturaleza punitiva; así la STS de 10 de marzo de 1962 sostiene que un mismo hecho puede ofrecer aspectos y valoraciones jurídicas distintas, que determinan la falta de identidad de causa de pedir en las respectivas jurisdicciones, excluyentes de la aplicación del artículo 1252 CC; estando reconocida la pre-judicialidad positiva de la sentencia penal sobre la civil, supuesto que no se da en el caso de autos.

Compatibilidad entre las indemnizaciones laborales y civiles.—Desde antiguo se reconoce jurisprudencialmente la compatibilidad de las indemnizaciones laborales con las civiles, y ahora legalmente al proclamar que la calificación de un hecho como accidente de trabajo no obsta a que los perjudicados puedan ejercitar las oportunas acciones civiles o criminales por negligencia o dolo.

Quantum indemnitorio: carga de la prueba.—Es indudable que el informe del médico forense ha sido una de las bases más importantes para la determinación de la cuantía indemnizatoria, en orden a la fijación de los días de la duración de las lesiones, la incapacidad que su curación ha determinado para su trabajo habitual, y la naturaleza y efectos que sufre el actor; sin embargo este hecho no ha alterado el *onus probandi*, ya que el referido informe ha sido uno de los diferentes medios de prueba que ha sometido a valoración al tribunal de instancia, que no ha impedido al recurrente valerse de otros medios, e, incluso, del propio informe, no obstante haber sido aportado por la parte contraria, circunstancias que implican la igualdad que han mantenido las partes litigantes y que se resolvió en la sentencia, por lo que no se ha infringido el artículo 1214 CC. (STS de 16 de octubre de 2000; no ha lugar.) (*G. G. C.*)

47. Culpa extracontractual: responsabilidad civil de la Administración sanitaria: competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa.—Con la finalidad de incardinarn *ad futurum* supuestos como el actual en la jurisdicción contencioso-administrativa se promulgaron, la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 2.º atribuye a este orden jurisdiccional «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, y la Ley Orgánica del poder judicial, tras su reforma operada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de junio, atribuye a los órdenes jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo el conocimiento «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive»; añadiendo el artículo 9.4 que «si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Derecho transitorio: competencia de la jurisdicción civil.—En este caso la demanda se dirige contra un médico cirujano, una entidad aseguradora y el INSALUD por hechos acaecidos en 1988, presentándose la demanda en febrero de 1990, aplicándose la mayoritaria doctrina de la Sala 1.ª que incardina en la jurisdicción civil el conocimiento de tales hechos cuando la actuación de la entidad pública no se produce en el ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración Pública, sino como entidad privada para atender a la curación de una enferma, en que actúa en relaciones de Derecho privado, debiendo invocarse también la conocida doctrina para evitar el llamado *peregrinaje de jurisdicciones*. Otra solución conculcaría el principio de igualdad constitucional al haberse mantenido ya en STS de 18 de febrero de 1997, en la que la demanda se dirigió sólo contra la Administración sanitaria y se presentó cuatro meses después de la actual.

Negligencia del médico que practicó la biopsia que seccionó el nervio.—Se declara probada la actuación descuidada, torpe, negligente del médico en su práctica de la biopsia, siendo tal conducta la causa de los daños y perjuicios sufridos por la actora, pues aunque tal intervención se hizo con buena praxis, no se ha probado que la técnica fuese la que correspondía a las condiciones de la paciente, sin que se atendiese tampoco a las peticiones de la paciente a la vista de sus dolores, ni por parte del médico ni del Servicio Valenciano de Salud. (STS de 28 noviembre de 2000; no ha lugar.) (G. G. C.)

48. Culpa extracontractual: daños causados por Ayuntamiento: competencia de la jurisdicción contenciosa-administrativa: cambio legislativo introducido por Ley 30/1992.—Tanto la Ley de 26 de noviembre de 1992 como el RD de 1993 que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, señalan que la vía judicial a utilizar no puede ser otra que la contencioso-administrativa. Tal cambio legislativo se ha traducido, como no podía ser de otro modo, en un cambio jurisprudencial, que ya se proclamó en STS de 16 de diciembre de 1998, que recoge en su fundamentación que, tras la supresión del párrafo 5.º del artículo 1903 CC, y la publicación de dicha ley de 1992, ha cambiado el panorama competencial de acuerdo con el artículo 215 del Tratado constitutivo de la CE, concentrando ahora estas reclama-

ciones en la jurisdicción contencioso-administrativa; en igual sentido la STS de 16 de marzo de 2000, que hace aplicación a un supuesto de responsabilidad formulada frente a un Ayuntamiento como organizador de un festejo taurino, aunque hubiera actuado como si de una empresa privada se tratara, y aunque concurra o no tal responsabilidad extracontractual con la de otras personas o entidades particulares, porque la atribución a los órganos contencioso-administrativos excluye el conocimiento de los civiles, siendo suficiente la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, con independencia de la naturaleza de la obligación de que dimane tal responsabilidad. En nada afecta la naturaleza de la obligación, ni que se demande también a particulares y al vínculo de solidaridad y no pueden ser atendibles razones de mera economía procesal, cuando una ley impone obligatoriamente un camino jurisdiccional para estas reclamaciones.

Exoneración de responsabilidad civil de la empresa que construye según licencia en nuevo polígono.—La transformación industrial de la zona no se produce instantáneamente, sino que ha precisado inexcusadamente de unos trámites administrativos obligados, sin que conste que el actor haya agotado los trámites de audiencia o impugnatorios, ni que pidiera al Ayuntamiento el resarcimiento de los daños producidos por el cambio de zonificación; hechos todos ellos que sirvieron de base a los juzgadores de instancia para absolver a la empresa. (STS de 29 de enero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—La demanda de resarcimiento de daños se dirige contra el Ayuntamiento que aprueba un nuevo polígono industrial y construye una carretera a nivel más elevado que el lugar en que estaba instalada la empresa del actor, y, asimismo, contra una empresa radicada en aquél que construye un muro y origina que las aguas que normalmente salfan de la finca del actor, retornen de nuevo. La sentencia (Ponencia de Martínez-Pereda Rodríguez) confirma la sentencia de la Audiencia Provincial poniendo énfasis en la incompetencia de jurisdicción de los tribunales ordinarios para entender de las acciones por culpa extracontractual dirigidas contra los Ayuntamiento (sale así al paso de los frecuentes argumentos que la propia Sala 1.^ª había alegado para seguir conociendo de tales demandas respecto de hechos ocurridos después de la entrada en vigor de la Ley de 1992, y trata de refutarlos), y ratifica la absolución de la otra empresa codemandada con el Ayuntamiento. En el presente caso parece justa la decisión de la Sala 1.^ª, pero quizás, el actual caso, pueda servir para plantear algunas cuestiones que, en el futuro, se plantearán en parecidas hipótesis, cuando junto a una entidad pública aparece uno o varios responsables que son particulares. Así ¿cabrá demandar, ante la jurisdicción contenciosa, exclusivamente a un ente privado (por ejemplo la compañía de seguros), tanto si previamente resultó condenada la Administración Pública, como en el caso contrario? Para exculpar aquí a la empresa que había obtenido licencia municipal de instalación en un nuevo polígono ha resultado ineludible referirse a la actuación del Ayuntamiento (el particular que obtiene licencia municipal, ejercita su derecho). No es aventurado, sin embargo, conjeturar que muchas veces la condena en vía civil del responsable sujeto a esta jurisdicción vendrá condicionada, o dependerá estrechamente, de la del ente público, pues en otro caso se corre el riesgo de dictar resoluciones contradictorias sobre

hechos idénticos. En el caso de un asegurador de ambos responsables (administrativo y civil) la contradicción podría llegar a ser muy llamativa. No parece seguro que todas las instancias judiciales hayan asimilado hasta ahora plenamente la regla de la competencia contencioso-administrativa, de modo exclusivo, en estos supuestos, por lo que no es de excluir que de nuevo se hagan valer ante la Sala 1.^a, similares argumentos. En el FD 2.^º se afirma, a modo de conclusión, que *no pueden ser atendidas razones de mera economía procesal cuando una ley impone obligatoriamente un camino jurisdiccional para estas reclamaciones*. Lo que es evidente: *dura lex sed lex*. Pero ¿se estimará argumento suficiente por la jurisdicción del orden civil, cuando, en el caso, se haya producido un prolongado peregrinaje de jurisdicciones, sin culpa del justiciable? (G. G. C.)

49. Culpa extracontractual: daños por filtración de agua de acequia: relación de causalidad.—Se declara probado en la sentencia de apelación que las humedades procedentes de la acequia que lame el muro de contención han producido la pérdida de la verticalidad del mismo y el arrastre de las tierras donde se apoya la vivienda, de donde resulta evidentemente demostrada la relación de causalidad entre el descuido en la conservación del canal del riego de la comunidad demandada, que han producido las filtraciones, y los daños causados, no sólo en el muro de contención sino también en la vivienda.

Personalidad jurídica de la comunidad de regantes.—Es de rechazar la alegación de que debía haber sido demandada la Confederación Hidrográfica, excepción opuesta en primera instancia, más no en apelación, por lo que ahora debiera rechazarse; en todo caso la sentencia condena a la comunidad de regantes, entidad independiente que goza de personalidad jurídica, por lo que resulta innecesario demandar a la Confederación.

Incongruencia extra petita.—Al haber concedido la sentencia estimatoria, a la parte actora una opción no solicitada, se estima la infracción de congruencia del artículo 359 LEC, y en orden a los daños sufridos en la vivienda procede mantener la condena a la comunidad de regantes a reparar la vivienda dañada, o en otro caso a satisfacer al actor los gastos que hubiera ocasionado la subsanación, sin que en ninguna de ambas opciones pueda exceder de la suma pedida, de la que se deducirá el importe de los gastos de reparación de las averías que sean debidas al paso del tiempo y al deficiente cuidado de conservación por el propietario, que se acrediten pericialmente, como se recoge en el fallo.

Incompetencia de jurisdicción: actuación de las comunidades de regantes.—En el acto de la vista la dirección letrada de la parte demandada hizo valer los artículos 139 y 144 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento común, de 1992, para fundamentar que la vía jurisdiccional contencioso-administrativa pasa a ser la única procedente en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, tanto en relaciones de derecho público como de derecho privado; sin embargo, la jurisprudencia del TS, tanto civil como contencioso-administrativa, reconociendo el carácter público de las comunidades de regantes, diferencia el campo del derecho en que actúen, y atiende a la naturaleza de los actos que se someten a juicio; en consecuencia, corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento de las relaciones jurídicas nacidas en el ámbito del derecho privado, como es el caso actual de exigir responsabilidad por culpa

extracontractual por la omisión del cuidado del canal de riego que ha producido inundaciones y filtraciones en el fundo sirviente de una servidumbre de acueducto. (STS de 26 de octubre de 2000; ha lugar en parte.)

NOTA.—Los hechos acaecieron después de entrar en vigor la Ley de 1992, y ambas instancias judiciales han rechazado la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. La responsabilidad del fundo dominante es clara a la vista del artículo 557 CC, precepto que ahora se completa por el artículo 46.2 de la Ley de Aguas y por los artículos 18 a 40 del Reglamento de dominio público hidráulico. La extensa atención administrativa que se le dispensa es debida probablemente a que la servidumbre de acueducto es la más importante entre todas las servidumbres en materia de aguas (Capilla Roncero, *Com. Min. Justicia*, I, p. 1438). Creo que este deber de indemnizar no se fundamenta en la culpa sino que es de naturaleza objetiva, por lo que la prueba de la relación de causalidad resulta necesaria. (G. G. C.)

50. Culpa extracontractual: daños en línea telefónica al ejecutar obras en vía pública: aplicación del artículo 1902 CC: culpa o negligencia del causante del daño.—El artículo 1902 CC exige la culpa o negligencia del agente o comitente, lo que necesariamente comporta un juicio de valor sobre su conducta en comparación con el comportamiento de quien sufrió el daño, a fin de comprobar cuál de los dos sujetos quebrantó la actitud que jurídicamente cabía esperar de él. Resulta evidente la negligencia de la parte actora por las siguientes razones: 1) porque jurídicamente no cabe esperar que una compañía telefónica, a la sazón única en España, incumpliera tan manifiestamente las condiciones de la licencia municipal para la obra de instalación, en su momento, de los cables, dejándolos prácticamente en superficie y sin más protección que un tubo de PVC; 2) porque la profundidad de los cables en los registros próximos a donde se empezó la perforación era de un metro y medio, lo que hacía más inexplicable aún que repentinamente ascendiera su trazado hasta unos diez o doce centímetros de la superficie; 3) porque en consecuencia, es muy posible que la información que de la compañía telefónica hubiera podido recabar el ejecutante de las obras resultara viciada, ya que oficialmente, y por tanto sobre el papel, la instalación tenía que estar a más de un metro de profundidad; y 4) porque la situación de los cables indica que aunque la perforación del pavimento se hubiera iniciado «a mano», también habría podido producirse el daño, ya de inmediato, ya al pasar en algún momento a la utilización de los martillos-percutores por no detectarse previamente los cables en el tramo perforado «a mano». En cambio, para el ejecutante de las obras no era razonablemente previsible que la instalación de las líneas telefónicas se encontrara a tan sólo diez o doce centímetros de la superficie de la vía pública; exigir en este caso al ejecutante una perforación «a mano», o una petición a la compañía telefónica de los planos de la instalación, todo ello para una obra al fin y al cabo de poca envergadura, era imponerle un sacrificio claramente desproporcionado en comparación con el grave incumplimiento de la compañía cuando instaló los cables. La valoración conjunta de ambos comportamientos conduce a declarar que la compañía incurrió en un más grave quebranto, y que éste fue decisivo o determinante del resultado dañoso que ella misma sufrió. (STS de 23 de febrero de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Marín Castán) por la minuciosa atención prestada, tanto a los aspectos procesales como sustantivos; así en el FD 2.º se razona con lujo de argumentos para imponer las costas en primera instancia, del codemandado absuelto, al actor, aspecto sobre el que también se estima el recurso; y, de modo singular, en el FD 3.º a la hora de desestimar la reclamación de Telefónica por daños causados a los cables de enlace, punto en que también se estima el recurso; si las obras causantes del daño eran «de poca envergadura», la indemnización reclamada, sin embargo, supera los doce millones de pesetas. Sin duda la conducta de Telefónica puede calificarse de *culpa lata*, aunque referida a un momento anterior que no se precisa en autos, la del tendido telefónico. Pero aplicándose precisamente la jurisprudencia anterior, relativamente abundante, recaída en casos similares, no parece que se pueda exonerar del todo al autor de las obras; no parece que éste solicitara, ni del Ayuntamiento, ni de Telefónica, planos de las conducciones subterráneas en la zona en donde iba a realizar obras; obligación auxiliar de prevención de daños que parece de ineludible cumplimiento, sin que convenzan las razones apuntadas en la sentencia para minimizarla en el caso. (G. G. C.)

51. Culpa extracontractual: muerte y lesiones por explosión de bombona de gas debida a rotura del anillo de goma que cierra el cuello de aquélla.—Se declara probado que la causa directa de la explosión obedeció a una fuga de gas consecuencia de la rotura del anillo de la goma que cierra el cuello de la bombona de gas, suministrada en el domicilio de la parte actora, fuga ésta que provocó la acumulación de gas y posterior explosión e incendio, con resultado de muerte y lesiones graves; siendo responsable la empresa R.B.S.A. en cuanto propietaria de la bombona defectuosa, que venía obligada a garantizar el correcto estado de dicho envase.

Litisconsorcio pasivo: doctrina general: inaplicable en la culpa extracontractual en razón a la solidaridad.—Es doctrina reiterada que lo característico del litisconsorcio pasivo necesario, y lo que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico-material sobre la que se produce la declaración, pues de no ser así, si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo, por una simple conexión, o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio es de carácter necesario; tratándose de la responsabilidad extracontractual, se produce la solidaridad con base en el artículo 1144 CC según reiterada jurisprudencia, y ello evita la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Inaplicabilidad de la Ley de 1994.—La Ley de 1994 relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, no es aplicable al caso de autos porque los hechos acaecieron antes de su entrada en vigor.

Cuantía de la indemnización.—Es doctrina reiterada que el *quantum* indemnizatorio, en caso de responsabilidad extracontractual, pertenece a la prudente discrecionalidad del Tribunal de instancia, no siendo revisable en casación, salvo que se acredite error en los supuestos fácticos o jurídicos en que se ha basado la sentencia de instancia para fijar la cuantía de la indemnización; los daños causados consisten en el fallecimiento del padre y esposo, resultando con graves lesiones la viuda joven y una hija pequeña; la sentencia

razona harto detalladamente dicha cuantía, sin acoger totalmente las pretensiones de la demanda; no hay infracción de la facultad moderadora, ni del artículo 1902 CC. (STS de 31 de enero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta notable la cuantía de la indemnización que en el pleito se discute. Frente al casi centenar de millones que se piden en la demanda el Juzgado de Primera Instancia otorga poco más de veintisiete (más el importe de la operación de cirugía estética y gastos accesorios de la misma), la Audiencia Provincial eleva aquélla a sesenta millones. Al rechazar el recurso la sentencia extractada alaba el minucioso cálculo que sobre la cuantía indemnizatoria, lleva a cabo la sentencia recurrida. Contrastá con el límite de cinco millones de la póliza contratada con la empresa demandada. (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: incendio de hostal con resultado de muerte: negligencia de la empresa hotelera.—La responsabilidad se basa en la omisión de unas medidas de seguridad ineludibles para prevenir un resultado como el que se produjo, y que, obviamente, no cabe excusar con las muy elementales que se aducen existentes, ni con un informe de un servicio administrativo que, en absoluto, justifica las deficiencias que contribuyeron de forma eficiente a la producción del resultado; y sin que tenga mayor trascendencia jurídica si dicha omisión se produjo en relación con obligaciones propias del contrato —parece claro que una de las obligaciones que conlleva el contrato de hospedaje es que éste se ofrezca con las adecuadas condiciones de seguridad personal—, o que, por quedar la exigencia fuera de la rigurosa órbita de lo pactado, debe operar la responsabilidad extracontractual, con arreglo a la que debe responderse de aquella conducta omisiva culposa, generadora de daños a otras personas, que se habrían podido evitar adoptando la diligencia exigible en armonía con las circunstancias del caso.

Caso fortuito: inexistencia: el incendio debido a causas desconocidas no es, necesariamente, fortuito.—No se puede calificar de fortuito el hecho cuyas causas se afirma expresamente que son desconocidas. El incendio se inició en la planta baja del inmueble, pero no se ha probado ni la causa que originó el incendio, ni el punto exacto en que el mismo se inició; por lo tanto no cabe hablar de incendio fortuito, sino de origen desconocido.

Relación de causalidad: cuestión nueva.—El tema de la relación de causalidad es, al menos formalmente, *cuestión nueva* por cuanto no se planteó en apelación y, por consiguiente, no cabe traerlo *per saltum* a la casación. Entre los hechos declarados probados figura la omisión de medidas de seguridad, por lo demás, absolutamente naturales si se tiene en cuenta que se trataba de un hostal con más de treinta habitaciones, ubicado en las plantas de un edificio no destinado exclusivamente a esa actividad, enumerándose circunstancias tales como la situación de la escalera, la inexistencia de alarma acústica audible en la totalidad del establecimiento, e incumplimiento de las condiciones de ignifugación de los materiales y revestimientos utilizados en el hostal, las cuales permiten formar un correcto juicio sobre la existencia de relación de causalidad.

Cuantía de las indemnizaciones.—La fijación de una indemnización por muerte de dieciséis millones de pesetas es adecuada y, en absoluto, excesiva, y ello tanto más si se tiene en cuenta su naturaleza de deuda de valor, sin que pueda tomarse en consideración la conducta negligente de la otra parte

demandada, ni tenga influencia en la materia la situación económica que, a consecuencia del incendio, se produce para la sociedad recurrente, la cual pudo haberlas prevenido con los remedios jurídicos oportunos.

Solidaridad.—La doctrina jurisprudencial viene reconociendo la aplicabilidad de la solidaridad impropia (en cuanto no resulta de pacto o disposición legal) en los casos en que el resultado dañoso es una consecuencia de varias aportaciones causales sin que sea posible determinar, mediante un módulo aritmético la cantidad de las respectivas participaciones; esta solución no exige que se dé una actuación conjunta, ni que la causa sea común o única, siendo aplicable a causas concurrentes, autónomas, susceptibles de producir cada una de ellas por sí sola el resultado dañoso objeto de la litis (SSTS de 19 de abril, 25 de mayo, 21 de junio, 30 de setiembre, 8 de noviembre y 23 de diciembre de 1999).

Responsabilidad del servicios de bomberos, dependiente del Ayuntamiento.—Por parte del servicio de bomberos, pese a la proximidad del parque al hostal, se incidió en un importante retraso en acudir al lugar del incendio, además de la inexplicable situación de dificultad para poder contactar con el mismo; no se llevó en ese momento la escalera grande con lo que se dificultó y retrasó, todavía más, el inicio de las labores de rescate; y se incurrió en una actuación desordenada y de falta de destreza. Es correcto el razonamiento de la sentencia recurrida de que si los bomberos, llegando tarde, fueron capaces de salvar a ochenta personas, a pesar del desarrollo que había alcanzado el incendio durante ese lapso de tiempo de inactividad, es lógico pensar que una actuación a tiempo hubiera podido evitar, no sólo salvar la totalidad de las personas, sino incluso evitar la destrucción del edificio. La responsabilidad de los bomberos es independiente de que el incendio no tuviera causa conocida, porque la actuación de este servicio operó como causa eficiente de la producción del resultado dañoso, al margen de las negligencias en que incurrió el hostal. (**STS de 7 de noviembre de 2000**; no ha lugar.)

NOTA.—En el luctuoso hecho, ocurrido en San Sebastián, se da la circunstancia de que el Parque Municipal de Bomberos radica a escasos centenares de metros de donde se incidió el edificio en que estaba instalado un hostal, con el resultado de tres huéspedes fallecidos. La sentencia extractada (Pte.: Corbal Fernández) analiza por separado la responsabilidad de los dueños del hostal, y la actuación de los bomberos, llegando a la conclusión de la responsabilidad en ambos demandados por hechos independientes (incumplimiento del deber de seguridad en el primero, y retraso en su actuación de extinción del incendio). Algunas observaciones: 1) La conocida doctrina de la acumulación de responsabilidades permite al ponente no profundizar en la obligación de seguridad. Creo que en el contrato de hospedaje hay un especial deber de garantizar la seguridad frente a incendios, que no se cumple sin más con el mero hecho de cumplimentar las medidas administrativas. 2) Es un acierto subrayar en la sentencia que «incendio debido a causas desconocidas» no significa «caso fortuito», correspondiendo al empresario hotelero la prueba cumplida de éste. 3) Sorprende un tanto la severidad con que se juzga la actuación de los bomberos con aplicación del argumento *ad maiorem maius*; se habla de dificultades para contactar con el teléfono del Servicio el cual, sin duda, debe estar siem-

pre en condiciones de recibir llamadas del exterior; se alude a la circunstancia de no llevar inicialmente la escalera grande con la que hubieran podido acceder inmediatamente a los pisos más elevados, pero ello dependía del aviso inicial de cuyo contenido no consta; probablemente el dato más perjudicial en su respecto ha sido la próxima vecindad de la sede del Servicio en relación con el lugar en que se declaró el incendio, que hubiera posibilitado la presencia casi inmediata (no se cuantifica la dilación en acudir). (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: muerte de obrero durante la descarga, de madrugada, de camión de basura en vertedero no iluminado: responsabilidad de la empresa por la teoría del riesgo.—La condena de la empresa de limpieza se basa en la carencia de iluminación propia en el vertedero, y a la precisión en que se encuentran los operarios de valerse del alumbrado del camión, cuyos faros según es notorio proyectan la luz hacia su parte de delantera, en tanto que la actuación del fallecido obligadamente se desarrollaba en la trasera; dado que el hecho ocurre de madrugada resulta congruente aplicar tanto la llamada teoría del riesgo, como la del beneficio; la existencia de una iluminación adecuada, reduciría probablemente los beneficios de la empresa, pero hubiera permitido evitar accidentes tan graves como el de autos.

Inaplicabilidad de la Ley de accidentes causados por vehículos de motor.—El artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1301/1986, vigente a la sazón, no resulta aplicable al caso; en efecto, el precepto se refiere al conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños, corporales o materiales; el conductor del camión se hallaba ciertamente al volante de un vehículo cuyo motor estaba encendido; pero ni el camión circulaba, ni el accidente guarda la menor relación con su desplazamiento, pues aquél se encontraba parado, aunque con el manejo por el conductor de los mandos de un mecanismo accesorio cuyo funcionamiento está directa y exclusivamente relacionado con la descarga de las materias o efectos transportados en el vehículo.

Culpa exclusiva de la víctima: carga de la prueba.—Incumbía a la sociedad recurrente la cumplida demostración de que la causa eficiente del accidente radicó en una actuación negligente del fallecido, especialmente al aplicarse la inversión de la carga de la prueba en supuestos en que no se modifica o soluciona una grave situación de permanente peligrosidad en la empresa para la vida de sus operarios, derivada directamente de la falta de iluminación y, por ello, de visibilidad en que se veían obligados a desarrollar su trabajo; y a falta de la demostración rigurosa de la pretendida culpa exclusiva de la víctima, el motivo debe ser rechazado.

Responsabilidad directa de la empresa de limpieza.—No existe obstáculo legal alguno para que una persona jurídica incurra en responsabilidad por riesgo, cuando es ella misma, y no uno de sus operarios, quien origina dicho riesgo, y en el presente caso, la subsunción del supuesto en el artículo 1902 CC elimina tanto la referencia a la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, como la posibilidad de ampararse en el último párrafo del artículo 1903 CC, o de ejercitarse el derecho de repetición del artículo 1904 CC. (STS de 25 de octubre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Romero Lorenzo) en la que cabe destacar: 1) La eliminación de la invocada aplicación de la Ley de responsabilidad por accidentes de circulación; el accidente labo-

ral ocurre al descargar un camión de basura en un vertedero, pero no es resultado de la circulación del vehículo, sino de accionar, por parte del conductor, el mecanismo que pone en marcha el volquete para descargar la basura. 2) La acertada calificación de responsabilidad por riesgo de la empresa de limpieza, la cual resulta evidente, sorprendiendo, en cambio, la contumacia en mantener las contrarias posturas jurídicas por parte de ésta hasta agotar los recursos, sobre todo si se atiende a que la cuantía de la indemnización por muerte es moderada (en torno a nueve millones seiscientas mil pts.) (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: muerte escolar durante el recreo por caída de la portería sin red: derecho transitorio: responsabilidad del Estado y del Centro docente: incompetencia de jurisdicción.—Se alega constantemente la excepción de incompetencia de jurisdicción y el motivo de casación de exceso de la misma, en los frecuentes casos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, manteniendo la Sala 1.^a un criterio mayoritario, casi unánime, salvo en situaciones muy concretas, de desestimación de tales alegaciones. La STS de 31 de octubre de 1995, que atribuyó el conocimiento de la causa a la contencioso-administrativa por razón de especiales circunstancias, recoge y resume la doctrina jurisprudencial en dos extremos: *a*) cuando la Administración actúa con funciones típicas de la soberanía del Estado, revestida de *imperium*, su responsabilidad patrimonial se exigirá en la jurisdicción contencioso-administrativa; y *b*) cuando la Administración, actúe o no con *imperio*, es demandada conjuntamente con una persona privada, existiendo un vínculo real, no ficticio, de solidaridad entre ambas, se impone la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. En el presente caso no concurre el primero de estos extremos; en el caso del colegio público, el daño consistente en la muerte de un niño no forma parte del servicio público de enseñanza, pues no se produjo como consecuencia derivada del mismo; los alumnos del colegio son seres libres con su autonomía, y su actuación en el patio excede de dicho servicio y no puede pensarse que está sujeta al *jus imperium* de la Administración del Estado, procediendo aplicar, dada la fecha en que ocurrieron los hechos, el artículo 41 LRJAE, siendo inaplicable la doctrina contenida en STS de 29 de noviembre de 1995, que es de la Sala 3.^a (aparte de tratarse de un caso no semejante al actual: lesión causada a un trabajador por el desprendimiento de una mampara en una oficina pública), en la que el Abogado del Estado sostenía la competencia de la jurisdicción civil.

Negligencia de la dirección del centro: exención de la tutora: contribución de la víctima al daño lesivo.—En los hechos probados se reputa negligente la existencia en el patio del colegio de una portería sin red, y la falta de adecuada vigilancia en el recreo, estimando que ambos hechos fueron las causas concurrentes, de modo eficiente y determinante, de la muerte del escolar; asimismo, que se omitieron las debidas precauciones en la organización del centro escolar y en la ordenación del recreo, y que la permanencia de las porterías y el no estar provisto de la red, constituyen una negligencia en sí misma, no estando bien organizada la vigilancia de los niños en el patio, exonerando, sin embargo a la tutora, siendo imputables tales hechos al director del centro y al Estado, titular del mismo, habiéndose producido una concurrencia de causas pues la actuación de la víctima contribuyó causalmente al resultado lesivo.

Litisconsorcio pasivo necesario: compañía aseguradora: acción directa.—La acción directa es una facultad procesal que la ley concede al per-

judicado y da lugar a responsabilidad solidaria del causante del daño y la compañía aseguradora. Pero tal acción directa puede ejercitárla, o no, el perjudicado, pero nunca se la impone como deber. En el presente caso, la solidaridad de obligados impide la aplicación del litisconsorcio. En los recursos de ambas partes condenadas en apelación –el Estado y el director– mantienen que la responsabilidad es de la otra parte, niegan el nexo causal de su respectivo representado, y resaltan la actuación del niño; pero ambos son argumentos de apreciación subjetiva, que chocan con los hechos probados, antes relatados. Se trata de un supuesto análogo al que originó la STS de 10 de octubre de 1995 (menor de nueve años que se agarró a la canasta de baloncesto, hizo una pируeta, tocó con los pies una malla metálica, y cayó saliendo proyectado hacia atrás, muriendo al golpear su cabeza en el suelo), en la que esta Sala estimó la responsabilidad de la directora del colegio y de la Xunta de Galicia. (STS de 7 de marzo de 2001; no ha lugar.)

NOTA.–Los hechos ocurren el 27 de septiembre de 1991, por lo tanto la doctrina que se establece sobre competencia de la jurisdicción civil sólo tiene carácter transitorio, y, en tal sentido, se mantiene mayoritariamente por la Sala 1.^a El Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda (al parecer, por razones de fondo), pero la Audiencia Provincial condenó a una indemnización de cinco millones de pesetas solidariamente al director del centro y al Ministerio. El TS rechaza el recurso, confirmando el fallo de la Audiencia Provincial (Pte.: O'Callaghan Muñoz). Dada la multiplicación de hechos similares, la generalización de esta doctrina juríspudencial en el caso, obligará a la autoridad educativa competente a una escrupulosa y constante revisión de los terrenos e instalaciones dedicados a recreo de niños y adolescentes, especialmente en relación con el estado de las porterías dedicadas a diversas clases de juegos, contando siempre con sus reacciones habituales después de haber pasado un período más o menos largo, de inactividad física. (G. G. C.)

55. Culpa extracontractual: derecho ambiental: artículo 45 CE. Este precepto constitucional plantea la horizontalidad del Derecho ambiental y, por ende, el carácter intersectorial e interinstitucional de la política y problemática ambiental, al ser elaborada y aplicada con los instrumentos creados por el ordenamiento jurídico; al lado de los derechos públicos, políticos, sociales y económicos, se puede afirmar la existencia de los derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión más sobresaliente es el derecho a la calidad ambiental.

Aspectos civiles del Derecho ambiental: doctrina general.–Una de las características más destacadas de la crisis en las relaciones sociedad-naturaleza es el progresivo y generalizado daño y deterioro que se produce sobre los componentes físico-naturales del ambiente, como resultado de la actividad humana, a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, que afectan tanto a derechos e intereses de carácter público como de orden privado. Los planteamientos civiles son históricamente los primeros en materia de humos y olores en las relaciones de vecindad; el daño al ambiente puede limitarse a comportamientos físico-naturales del espacio (aguas, suelos, capa vegetal, bosque, fauna), pero también sus consecuencias pueden llegar a afectar a la población humana, incidiendo negativamente en su salud y

bienestar general. En la medida en que determinadas actividades dañan al ambiente, destruyendo o deteriorando recursos naturales, degradando los componentes biológicos de determinados sistemas, o alterando las condiciones de la vida social, conforme a los principios generales de derecho es lógico aplicar los postulados de la responsabilidad jurídica, sea civil, administrativa o penal para el autor o autores del daño.

Deterioro ambiental continuado: elevación de la cuantía indemnizatoria.—A partir de 1987: *a) la vivienda, dependencias anexas y finca de los actores, sufren en mayor o menor medida según el número de empresas funcionando, la presencia notable de polvo, desprendido tanto del funcionamiento de las maquinarias en el tratamiento de las materias primas, cuanto del paso de numerosísimos camiones, a velocidad no limitada, por la pista de tierra circundante; b) fuerte nivel de ruidos y vibraciones que afectan a la propiedad de los actores, al igual que el polvo, por la proximidad o cercanía de las industrias y pistas con la vivienda; c) estos factores de contaminación se han producido con intensidad variable según el número de empresas en funcionamiento y la estación del año, siendo más continua a partir de 1986, afectando no sólo al rendimiento agrícola de la finca, y al estado de las construcciones arquitectónicas, sino también —lo que se omite en la sentencia recurrida—, al nivel de calidad de vida de los actores y familiares que con ellos conviven, causándoles indudables molestias e incomodidades, si bien no se han probado problemas sanitarios.* Dato a tener en cuenta es que los actores adquieren la vivienda (de 150 metros cuadrados) y anexos en 1982 por el precio escriturado de medio millón de pesetas, en época en que era conocida la situación medioambiental del lugar, y que incluso los actores intervinieron a título lucrativo en el proceso productivo de una de las industrias contaminantes, vendiéndoles agua. Dada la clara desproporción entre el daño constatado y la reparación acordada por la Sala *a quo*, procede elevar la cuantía a abonar por las actuales empresas actuantes en siete millones de pesetas, sin tener en cuenta las circunstancias ya indicadas que no pueden inviabilizar de por vida cualquier medio de defensa contra el daño ambiental. (**STS de 2 de febrero de 2001**; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia sobre daño ambiental continuado (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez) en la que destacan las disparidades notables en la cuantía de las indemnizaciones solicitadas y concedidas (en ambas instancias se estima parcialmente la demanda). Los actores reclaman en torno a cuarenta o cincuenta millones a las empresas causantes del daño ambiental (primero en autos separados que luego se acumulan). El Juzgado de Primera Instancia otorga en forma de condena solidaria la suma de 570.137 pesetas; la Audiencia Provincial en apelación la amplía en un millón de pesetas. La razonada sentencia extractada la incrementa en siete millones más. (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: daños causados por suspensión de obras al interponer interdicto luego desestimado.—Según STS de 26 de octubre de 1998 la jurisprudencia ha estimado las acciones de indemnización por suspensión de obras al interponerse el interdicto correspondiente cuando se acredita una persistencia, totalmente injustificada, en mantener en suspensión las obras iniciadas; así en el caso resuelto por STS de 6 de julio de 1990, por cinco veces sucesivas fue ejercitada, sin fundamento, acción interdictal

contra actividades municipales, para la apertura de una vía turística, o bien por razones de justicia commutativa en situaciones fácticas de comportamientos demostrados como abusivos al ejercitar la acción con ausencia de la normal prudencia (SSTS de 16 de junio de 1978, 23 de noviembre de 1984, 17 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 4 de marzo y 4 de diciembre de 1996). Por lo demás el ejercicio de una acción contra un acto ilícito no puede encajarse nunca en el abuso de derecho, el cual debe declararse con base en los hechos que lo evidencien, sin que la desestimación de un interdicto haga nacer inevitablemente el derecho a obtener indemnización de daños y perjuicios (STS de 22 de marzo de 1996).

Acción para reclamar indemnización de daños por la nueva construcción: interrupción del plazo de prescripción.—Los actos interruptivos se refirieron a la situación fáctica de unos daños que la sociedad constructora causó al edificio de los interdictantes, y los perjudicados ejercitaron acciones y realizaron actos extrajudiciales con el objeto de proteger la integridad material de aquél, *in natura* o por equivalencia, sin que sea trascendente el tipo procesal de acción ejercitada. (STS de 2 de febrero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Complejo supuesto de hecho en cuyo punto de partida está la suspensión de obras subsiguiente a la interposición de interdicto de obra nueva cuando los perjudicados por ésta vieron aparecer grietas y otros desperfectos, que precisaron de obras de apuntalamiento al comenzar la construcción en el predio colindante. El interdicto fue desestimado en primera y segunda instancias. Las obras estuvieron paralizadas durante sesenta y un días y la constructora reclama ahora una indemnización algo superior a los veintiún millones de pesetas por daños de suspensión, gastos de aval bancario y *lucrum cesat*. Por vía reconvencional los interdictantes reclaman a su vez la indemnización de los daños causados en su finca por las obras. En ambas instancias se desestima la demanda y se estima la reconvención. El recurso de casación interpuesto por los actores-reconvenidos es desestimado con base en la doctrina extratada, condenándose en vía reconvencional a la constructora al pago de unos siete millones de pesetas, suma casi coincidente con la reclamada. La Sala estaba compuesta por tres magistrados que, curiosamente, son catedráticos de Universidad (Sres. Almagro Nosete, O'Callaghan que fue ponente, y Gullón que firmó el voto particular). Este último sostiene radicalmente lo contrario de la sentencia: que los interdictantes actuaron abusivamente (hubo precipitación por su parte, pues los daños inicialmente detectados fueron detenidos por obras adecuadas, consistentes en un muro de protección; precisamente el interdicto se desestimó porque no se produjeron nuevos daños desde la construcción de aquél), y que la supuesta interrupción de la acción para reclamar los daños realmente causados, no fue tal, por lo que la acción estaba prescrita. (G. G. C.)

57. Acción de responsabilidad civil extracontractual contra la DGRN: no se puede imponer a los Registradores de la Propiedad unos específicos deberes de investigación, comprobación y constatación de la realidad física y material de las fincas que acceden al Registro.—El último motivo, sin indicar tampoco cauce impugnatorio, se apoya en la supuesta vulneración del artículo 1902 CC. Mas de los hechos probados que resultan de la

sentencia recurrida se impone como evidencia que no puede existir responsabilidad alguna de la Administración del Estado, cuando los recurrentes en la correspondiente escritura pública de compraventa de la parcela segregada mostraron su expresa conformidad con el contenido de la misma y, por lo tanto, por el principio de la doctrina de los actos propios y por el hecho, como dice la sentencia recurrida, de que no se puede imponer a los Registradores de la Propiedad unos específicos deberes de investigación, comprobación y constatación de la realidad física y material de las fincas que acceden al Registro. Todo ello conduce al decaimiento de este último motivo de casación y consiguientemente, con ello, a la desestimación en todas sus partes del recurso de casación. (STS de 9 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Tres fincas se segregan de una finca matriz y son vendidas a tres compradores diferentes, reproduciéndose en las tres escrituras de compraventa el mismo error material por parte del Notario autorizante, consistente en hacer constar una identificación registral de la finca matriz distinta de la verdadera, de modo que las tres fincas segregadas aparecían radicadas en un municipio distinto de aquél a que en efecto pertenecían y aparecían como fincas urbanas, cuando realmente eran rústicas. El Notario se había limitado a hacer constar en las escrituras las manifestaciones del vendedor y los compradores, sin realizar investigación alguna acerca de su veracidad. Los compradores ejercitan acción de reclamación de indemnización por daños y perjuicios basada en culpa extracontractual, en principio tanto contra el Notario, como contra la DGRN, por no haber comprobado el Registrador de la Propiedad la adecuación a la realidad de los datos escriturados. Posteriormente, el objeto del proceso queda reducido a la acción ejercitada contra el Estado. Ambas sentencias de instancia, si bien no conformes de toda conformidad, absuelven a los demandados. Interpuesto el recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

58. Culpabilidad extracontractual: muerte de obrero especialista en tala de árboles: culpa exclusiva de la víctima.—El accidente ocurre luego de arrancar infructuosamente un tocón, después de lo cual el dueño se alejó del lugar para realizar otras tareas mientras que el obrero con una sierra mecánica logró separar el tocón de su raíz, en cuyo momento éste rodó cuesta abajo causando la muerte del mismo. La conducta del obrero fallecido y el subsiguiente resultado eran imprevisibles para el demandado, teniendo en cuenta que el trabajador fallecido era un especialista talador; el hecho de que el dueño se alejase del lugar con el tractor para otros menesteres, y que allí quedase la sierra mecánica no es una conducta que pueda calificarse de negligente, al no constar que ordenara al fallecido que procediese a la tala del árbol. Por todo ello falta la conducta culposa del demandado.

Relación de causalidad.—De los hechos declarados probados no se desprende la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño producido; en efecto, el fallecido realizó el corte introduciéndose, pendiente abajo, en la base de un árbol caído sin que el tocón estuviese asegurado y en una zona del tronco cercana a la raíz, lo que facilitó que ésta se desprendiera ya que había sido removida anteriormente, y se encontraba en suelo húmedo. Esta conducta de la víctima es la única productora del daño acaecido, ya que la misma tiene entidad suficiente para absorber

cualquier otra que pudiera derivarse de hechos imputados al demandado. (STS de 2 de marzo de 2001; ha lugar.)

NOTA.—La reclamación de dieciséis millones de pesetas de indemnización, desestimada por el Juzgado de Primera Instancia, fue fijada en la mitad por la Audiencia Provincial. La sentencia estimatoria del recurso (Pte.: González Poveda) confirma la desestimación de la primera instancia. La razón fundamental contenida en el FD 3.º es la falta de previsibilidad, esencial para generar responsabilidad extracontractual, y así la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento. En el presente caso, parece que el accidente hay que achacarlo a un exceso de celo por parte del obrero, experto talador según la sentencia, pues después de intentar infructuosamente arrancar el tocón con la presencia y colaboración del dueño, se ausentó éste para otros menesteres y, en su ausencia, el obrero volvió a intentarlo solo, fiado en su pericia, con una sierra mecánica, en cuya operación se produjo el accidente. Civilmente no hay conducta reprochable del patrono, pues no consta que le encendiera proseguir la tarea, ni que se lo ordenara, sino que la víctima actuó por su cuenta. Solución absolutoria razonable. (G. G. C.)

59. Culpa extracontractual: muerte en espectáculo taurino en plaza portátil: culpa exclusiva de la víctima: riesgo asumido voluntariamente.—En la noche del 8 al 9 de junio de 1990, cuando se celebraba un espectáculo taurino en la plaza portátil de Moncada, la víctima, padre de los actores, fue cogido por una res brava que en tal momento se encontraba en el ruedo, lo que significa que aquél sufrió la cornada cuando participaba activamente en el espectáculo y no en el callejón, lanzándose al ruedo donde se encontraba el toro, cayendo al interior del ruedo después de la cogida, no sufriendo daño alguno los barrotes protectores del callejón, todo lo cual proclama la culpa exclusiva de la víctima. La doctrina de esta Sala ha acogido la relevancia de la aceptación del riesgo por el perjudicado, y, con referencia a los espectáculos taurinos ha declarado la participación activa en el evento del fallecido o dañado, eximiendo de responsabilidad al organizador, salvo que se demuestre alguna culpa o negligencia de éste. Las SSTS de 13 de febrero y 18 de junio de 1997 se refieren al caso de unos espontáneos corneados en un festejo organizado por el Ayuntamiento, estimando que la doctrina del riesgo creado no comporta la objetivación de la responsabilidad en términos absolutos, porque el riesgo inherente en la suelta de vaquillas es insuficiente por sí solo para generar una responsabilidad aquiliana (STS de 17 de octubre de 1997). Supuesto semejante es el contemplado en STS de 3 de abril de 1997, en el que podían participar en el espectáculo los espectadores que lo desearan, y que para pasar al interior de la plaza había que abonar la entrada, siendo cogido un participante del festejo que, refugiado en un burladero, no recogió suficientemente la pierna tras los barrotes de protección, desestimándose la pretensión resarcitoria porque el daño nace de la propia negligencia que asumió el riesgo, no debiéndose el accidente a ningún defecto estructural de la plaza de toros portátil.

Seguro de responsabilidad civil: no cubre los daños si no se declara aquéllo: responsabilidad en caso de accidentes.—La Orden de 22 de junio de 1989 de la Consellería de Administración Pública de la Comunidad Valen-

ciana, distingue los siguientes riesgos: de accidentes, de responsabilidad civil y defensa criminal y fianzas. En el presente caso, constando como hecho probado que la muerte fue debida a accidente imputable tan sólo a la propia víctima, no puede aplicarse la póliza de responsabilidad civil, y sí la de accidentes, como se ha hecho en la instancia. (**STS de 3 de noviembre de 2000; no ha lugar.**)

NOTA.—En el FD 1.º se dice que «constituye el escrito de interposición de tal recurso extraordinario paradigma de lo que no debe hacerse por reunir un cúmulo de defectos procesales», lo que resulta evidente de su lectura, no obstante lo cual, y en aras de la tutela judicial efectiva, examina los motivos. En el FD 2.º se rechaza sin más la alegación de que al abonarse la entrada se ha creado un vínculo contractual entre la empresa y el adquirente de aquélla. Se responde que consiste en el derecho a penetrar en el local o recinto y a que el espectáculo tenga lugar. Pero ello resulta, por excesivamente escueto, incompleto, no cabiendo duda de que, de cualquier clase de espectáculos, ofrecidos al público a través de un contrato traducido en la adquisición de una entrada, deriva una obligación de seguridad, más o menos amplia, que recae sobre el empresario. Incluso en los encierros o las capeas (como parece ser el caso); lo prueba la constante referencia, en la sentencia extractada, a que los barrotes de seguridad estaban intactos. En el desgraciado supuesto parece clara, sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima y la adecuada utilización de la doctrina del riesgo asumido por ésta. (G. G. C.)

60. Culpa extracontractual: responsabilidad del hotel por caída de huésped desde terraza: secuelas irreversibles: inversión de la carga de la prueba: conservación de la barandilla.—El hotel demandado debía demostrar su diligencia en el buen estado de conservación de la barandilla sobre la que se cayó el actor, y al no hacerlo, tal conducta no está desprovista del reproche culpabilístico del artículo 1902 CC, porque no cumplió con sus elementales deberes de asegurar o conservar, o cuidar o mantener en debida forma la barandilla de madera por donde se cayó el demandante. No se ha aplicado la responsabilidad por riesgo sino el principio culpabilístico con inversión de la carga de la prueba, no habiendo demostrado la parte demandada su diligencia en mantener en buen estado el estado de la barandilla, a los fines de que cumpliera su funcionalismo de natural material, anclaje delimitador y evitatorio de caídas.

Indemnización del daño moral: doctrina general.—Por daños morales habrán de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, comprendiendo los siguientes: 1) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito; y si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre el daño moral. 2) Cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito; advirtiéndose que lo que se trata de incorporar a este concepto no son las privaciones materiales o ali-

menticias, sino el dolor inferido, o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas. La cuantificación del daño moral puede establecerse por los Tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, todo ello según reiterada jurisprudencia.

Daño moral por quedar toda su vida obligada a uso de silla de ruedas con incapacidad permanente.—Este haz patológico padecido, por su gravedad y persistencia, deparan al recurrente un permanente estado anímico de frustración y sufrimientos tan intensos que obligan a esta Sala a fijar la suma de treinta millones de pesetas para paliarlo en lo posible, habiéndolo omitido la sentencia de la Audiencia Provincial.

Intereses.—Las sumas otorgados por la Audiencia Provincial devengan interés desde la fecha de esta sentencia, mientras que la indemnización por daño moral que otorga esta Sala lo hará a partir de esta sentencia. (STS de 22 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El 17 de julio de 1988 unas vacaciones en el Mediterráneo, para un matrimonio inglés, terminan en tragedia. El mismo día en que los turistas llegan al hotel de Ibiza, y se les asigna una habitación en la planta 5.º, sale el marido a fumar a la terraza y se apoya en la barandilla de madera, de 80 centímetros de altura, con anclaje metálico y de obra, cayendo al vacío y resultando con lesiones irreversibles, con incapacidad permanente, paralizado de cintura para abajo. El marido tiene veintisiete años, casado y sin hijos, trabaja en la construcción ganando en 1988, 32.628 pesetas a la semana; habita en vivienda unifamiliar de dos pisos, que deberá ser adaptada; necesitará de por vida una ayuda constante para sus necesidades más elementales. Mientras el Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda, la Audiencia Provincial por diversos conceptos condenó al pago de una cantidad aproximada a los cincuenta y tres millones de pesetas. El TS, en ponencia de Martínez-Calcerada Gómez, ha estimado el recurso interpuesto por el lesionado, incrementado aquélla suma en treinta millones de pesetas en concepto de daño moral. Decisión plenamente de aprobar (la Audiencia Provincial había concedido una indemnización de siete millones de pesetas por daño moral a la esposa, cantidad que se mantiene por el TS). Con acierto expresa el FD 7.º que «en los casos generales en los que el accidente o lesión corporal ocasiona a su víctima los quebrantos propios de su proceso de curación tras cuya superación el lesionado queda indemne o sin tara alguna, que es lo que suele suceder en la mayoría de los casos, entonces el resarcimiento de los daños y perjuicios declarado ha de absorber o embeber a aquel daño moral, que por ello, será irrelevante a los fines de su autonomía indemnizatoria». El presente caso no puede incluirse en la regla general y resulta equitativo tener en cuenta otro concepto indemnizatorio, a saber el del daño moral sufrido por la víctima de tan graves lesiones. ¿Será difícil imaginar el comentario del matrimonio perjudicado cuando reciba definitiva satisfacción económica al cabo de casi catorce años de realizar su accidentado viaje vacacional a España? (G. G. C.)

61. Culpa extracontractual: responsabilidad del médico y del centro de salud: doctrina general.—Para que pueda surgir la responsabilidad del

personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del 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 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.

Servicios de urgencia prestados a bebé de dos meses por médico no pediatra.—Aun cuando la demandada que atendió al niño no fuera pediatra, de los hechos declarados probados se desprende que tanto el diagnóstico como el tratamiento prescrito fueron los adecuados en función de los síntomas que el paciente presentaba, que la madre actora califica de un *cierto malestar*, y que se correspondían con los propios de un resfriado común, que desaconsejaban la radiografía de tórax al tratarse de un lactante, y, sobre todo, que no empeoraron durante los tres días transcurridos entre la consulta y el fallecimiento del niño, hasta el punto de quedar falso de prueba el nexo causal entre servicio sanitario y resultado dañoso, ya que tampoco se ha determinado con certeza el origen de la insuficiencia respiratoria causante de la muerte. Ni el hecho de la sustitución ni la falta de especialización sirve para justificar la aplicación del artículo 1902 CC, sea a la médico actuante, sea al médico titular encargado del servicio pediátrico.

Falta de información.—Queda acreditado que la madre quedó enterada del diagnóstico y del tratamiento prescrito a su hijo, como establece el artículo 10.5 de la Ley de Sanidad, precepto que en su apartado 6 impone el consentimiento escrito del usuario para el caso de *cualquier intervención*, pero no para tratamientos como el presente; como declara la STS de 13 de abril de 1999, que ante una enfermedad adecuadamente tratada y que, como tal enfermedad, no precisa internamiento hospitalario, no puede forzarse la valoración hasta límites superiores a lo razonable y no puede llegar a exigirse una actuación desproporcionada al hecho de una enfermedad adecuadamente diagnosticada y tratada. (STS de 5 de febrero de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—En el FD 6.º se incluye una nota de humanidad: «el motivo así planteado transmite el tremendo desgarro que una madre siente ante la pérdida repentina de un hijo, seguramente el drama humano más difícilmente soportable, así como la anhelante búsqueda de una explicación que al cabo del tiempo pueda aportar, aunque sea en una medida mínima, alguna tranquilidad de ánimo, sentimientos de la recurrente que merecen toda la comprensión y el más absoluto respeto» (Pte.: Marín Castán). En realidad, la demanda había sido desestimada, con plena justificación, en ambas instancias. (G. G. C.)

62. Culpa extracontractual: responsabilidad por alta médica precipitada; corrección de hernia de disco: prescripción: *dies a quo*.—Es muy reiterada la jurisprudencia de esta Sala según la cual cuando el daño indemnizable consiste en lesiones físicas y secuelas derivadas de las mismas, el plazo de prescripción comienza desde que se conoce el alcance de tales secuelas por alta médica definitiva, o, dicho de otro modo, desde que es posible cono-

cer la verdadera importancia o envergadura del daño sufrido; en el presente caso se está imputando la precipitación en el alta tras la operación de hernia discal, pese a los fortísimos dolores que padecía la actora, la falta de diagnóstico o detección de la cistitis bacteriana que los provocaba y, en fin, los padecimientos que hubo de soportar hasta que fue dada otra vez de alta, con las secuelas consiguientes.

Motivación de las sentencias.—Aunque la sentencia impugnada no puede considerarse precisamente modelica en este punto, sin embargo, cumple tal deber de motivación al estructurarse en encabezamiento, antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo, y trata en sus fundamentos tanto de la prueba de los hechos controvertidos como de la responsabilidad de la recurrente en el daño sufrido por la actora, consistente en que, tras la intervención quirúrgica de hernia de disco practicada de acuerdo con la técnica adecuada, no se trató adecuadamente a la paciente cuando, luego de una evolución inicialmente favorable, comenzó a mostrar las molestias postquirúrgicas que resultaron ser debidas a la cistitis contraída como consecuencia de la intervención, lo que constituye un *descuido* ante una enfermedad o infección hospitalaria que tuvo consecuencias degenerativas importantes.

Responsabilidad del médico neuro-cirujano y del Servicio Autonómico de Salud.—En el recurso de ambas partes condenadas se admite implícitamente que la cistitis no se diagnosticó, pese a ser enfermedad diagnosticable y tratable, existiendo relación de causalidad entre tal omisión y las consecuencias sobre la salud de la demandante, porque responde a la lógica que el padecimiento de una infección en la zona intervenida, durante dos meses y sin diagnóstico ni tratamiento adecuado, agrave considerablemente el estado de quien fue sometido a la intervención, siendo otros médicos privados los que diagnosticaron y trataron adecuadamente a la enferma.

Cuantía de la indemnización.—Queda al margen de la revisión casacional, tanto la fijación del *quantum* indemnizatorio como la apreciación del daño moral; en el presente caso han sido indudables los padecimientos físicos de quien, como la actora, se sometió a una intervención correctora de sus dolores de espalda, y, sin embargo, contrajo una infección que, al prolongarse en el tiempo, agravó esos dolores, así como el daño moral de quien, siendo concertista de piano, se vió ya impedida para seguir siéndolo, por más que todavía pueda ser capaz de alguna actividad limitada dentro de su dedicación profesional al piano. (STS de 20 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

NOTA.—Reclamados ciento sesenta millones de pesetas en concepto de indemnización, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, mientras que la Audiencia Provincial otorgó setenta y dos millones, cuantía que ha quedado firme al desestimarse el recurso de casación en ajustada sentencia de la que ha sido Ponente el señor Marín Castán. La casi total incapacidad permanente para ejercitar la profesión de pianista como secuela de la intervención, justifica razonablemente, a mi juicio, la elevada cuantía de la indemnización fijada. (G. G. C.)

63. Omisión en la sentencia de declaración de hechos probados: no es obligatorio en la jurisdicción civil.—Del apartado 3.^º del artículo 248 LOPJ se desprende que dicho precepto no llega a establecer, como exigencia general para toda clase de sentencias, la expresión en párrafo o párrafos separados de los hechos que el Juez o Tribunal considere probados, sien-

do únicamente las leyes de enjuiciamiento criminal y de procedimiento laboral las que imponen tal obligación, lo que no ocurre ni en la Ley de enjuiciamiento civil, ni en la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Fallecimiento por diagnóstico erróneo: paciente ingresado en urgencias: falta de diligencia del médico.—La Médico de urgencias no sólo valoró inadecuadamente el hecho de que el paciente no experimentara mejoría ante la acción del fármaco que le había suministrado, sino que además omitió poner este dato en relación con el carácter opresivo del dolor, ya constatado en el primer ingreso, con la localización en la zona precordial que había apreciado en la segunda consulta, así como con el acompañamiento de sudoración, síntomas todos que junto con la persistencia del proceso doloroso debieron haberle aconsejado hacer algo más efectivo que prescribir un analgésico y remitirle por segunda vez a su domicilio. Además, dado el elevado índice de mortalidad que se registra en accidentes cardiovasculares, debe exigirse a la médico del Servicio de urgencias la adopción de la especial diligencia que reclamaban las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo cual comporta la prolongación de la observación del paciente, a fin de comprobar la evolución de su dolencia y poder adoptar los remedios que se mostraran necesarios, a título de ejemplo, recabar la colaboración del Servicio de Cardiología.

Responsabilidad del centro hospitalario.—Sin imponer la inversión de la carga de la prueba, es lo cierto que el centro es el que dispone de facilidad para aportar las pruebas acerca de la diligencia y normalidad en el funcionamiento de sus servicios, y, en este caso, la de carácter documental que podía acreditar la realización de los electrocardiogramas aludidos a lo largo del proceso. En el presente caso la obligación de medios que recae sobre el personal médico no ha sido debidamente observada, al haberse omitido algunos de sencilla realización y presentarse como dudosa la práctica de otros, o, al menos, su correcta calificación. Resultado de todo ello es que no puede calificarse de diligente y adecuado a la función que debe desarrollar un servicio de salud, el hecho de que por dos veces consecutivas fuera remitido un enfermo a su domicilio, con la prescripción de simples analgésicos, mientras que su sintomatología, analizada con mayor detenimiento, o con mejor preparación, mostraba que podía corresponder a un infarto agudo de miocardio, como se evidenció *a posteriori* al cabo de tres horas de producirse el tercer ingreso, en situación de parada cardio-respiratoria y estado de coma profundo, produciéndose el fallecimiento veinte días más tarde. (STS de 6 de febrero de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: Sr. Romero Lorenzo) en la que resulta difícil calificar de más increíble, si la actuación del Servicio de urgencias que ante un cuadro grave manda dos veces a su casa al paciente, recetándole analgésicos (a la tercera fue la vencida ...), o las sentencias absolutorias recaídas en ambas instancias. La prueba decisiva ha sido el informe emitido por el Forense en segunda instancia, si bien el TS lo valora con libertad de criterio y se aparta en puntos esenciales de sus conclusiones, interpretándolo de forma que deduce la negligencia de la médico y del Servicio. Hay unos electrocardiogramas «fantasmas» cuya realización no consigue probarse, omisión que se imputa razonablemente al Servicio Autonómico de Salud. Me parece acertado invocar además la elevada incidencia de las enfermedades cardiovasculares —y la mayor sensibilidad social que ello supone—, para reforzar el deber de diligencia de la médico que atendió al paciente en urgencias. Sentencia plenamente de acep-

tar. Manteniendo la responsabilidad médica en el ámbito de la culpa, y considerando como de medios la obligación asumida por los profesionales de la salud, parece justo declararla en el presente caso, tanto en relación con la médico como con el Servicio Autonómico de la Salud. El TS condena al pago de la indemnización solicitada, de dieciocho millones de pesetas, que no parece excesiva. (G. G. C.)

64. Culpa médica: encuadramiento jurídico del consentimiento informado.—El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia; es derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo. Se regula en la Ley general de sanidad, y en el Convenio internacional para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE, formando parte de la actuación sanitaria practicada con seres humanos libres y autónomos.

Prueba: cambio jurisprudencial.—Es cierto que, inicialmente, la Sala 1.^a había sostenido que la carga de la prueba del consentimiento informado competía al actor, y así se mantuvo en STS de 12 de junio de 1992. Pero tal doctrina ha sido abandonada, y así la STS de 16 de octubre de 1998 mantiene palatinamente que la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba, y al centro hospitalario; en el mismo sentido la STS de 28 de diciembre de 1998, la hace recaer sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba; igualmente la STS de 19 de abril de 1999, y la STS de 7 de marzo de 2000, que lo imputa al Servicio Nacional de la Salud. Debiendo observarse que el mismo criterio se mantiene en los órdenes jurisdiccionales contenidos-administrativo y social.

Ámbito objetivo de la información: lesión de nervio subsiguiente a intervención en el cuello.—A efectos de la información, poco importa la frecuencia de secuelas, y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si tal complicación es inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia, y ser perfectamente conocida, debió manifestárselo a la enferma.

Deber de información del cirujano.—Según STS de 24 de mayo de 1995, deontológica y legalmente, todo facultativo, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica; y de obtener su consentimiento al efecto, a menos que se presente un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter irreversible. Lo que no es el caso debatido, pues no puede reputarse urgente cuando, previa cita, acude a una consulta privada y no entra en el Servicio de urgencias, sino que se programa la intervención para bastantes días después.

No hay incongruencia.—La pretensión actora era la de una indemnización de treinta millones, en base a una negligente actuación del cirujano; se apoyaba en una pluralidad de actos, desde la falta de información adecuada a la enferma hasta la torpe y defectuosa actuación del demandado en su cometido operatorio. Ambas instancias rechazaron la vulneración de la *lex artis*, pero difieren en que la de primera instancia, reconociendo la ausencia de

información, no la consideró obligada en tal intervención, mientras que la de la Audiencia sí apreció tal omisión y sí la sancionó con una reparación de siete millones de pesetas, notoriamente aminorada de la pretendida en la demanda. No sólo es la falta de información sobre la afectación del nervio sino sobre cualquier otro extremo. En consecuencia, no hay incongruencia. (**S de 12 de enero de 2001; no ha lugar.**) (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. La acción declarativa de dominio debe ejercitarse frente a quien niegue el dominio del actor, sin necesidad de estar en posesión del bien.—La diferencia entre la acción declarativa y reivindicatoria del dominio reside en que la primera puede ejercitarse contra quien niegue al actor su dominio, sin necesidad de estar en posesión de la cosa, pero ello en modo alguno autoriza a convertirla en una especie de acción popular, estando obligados a soportar las molestias del pleito quien caprichosamente designe el propietario y allanarse a la demanda. En autos no se ve la necesidad de demandar a los codemandados absueltos, pues no han negado que los actores sean propietarios de la finca registral 1.879, sólo se han limitado a ser sujetos pasivos de una ejecución sobre la finca registral 4.786 (el señor G. C. y esposa) y a adquirir en subasta judicial la misma (*Banco de Andalucía, S.A.*), que a través de otro adquirente de este último ha llegado a los codemandados hermanos H. G.

El poseedor no se convierte en poseedor de mala fe por el mero requerimiento del propietario, si no va acompañado de pruebas o indicios circunstanciales.—No basta un mero requerimiento al poseedor para convertirlo en poseedor de mala fe, es necesario pruebas o indicios circunstanciales por lo menos de que no le pertenece el dominio de la cosa, con objeto de poner al requerido en un estado de duda razonable sobre su posición jurídica. Nada de esto se observa en este pleito, más que la accidentada historia en el Registro de la Propiedad de ambas fincas.

El presupuesto de la aplicación de la doctrina de la accesión invertida es que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno.—La doctrina de esta Sala sobre la accesión invertida parte del presupuesto de que se ha construido un edificio parte en terreno propio y parte en ajeno, y que lo construido en suelo propio tenga más valor que lo hecho en suelo ajeno. Estas circunstancias son evidentes en el caso litigioso, pues la finca 1.879 tiene noventa y dos metros y quince centímetros cuadrados y la de los constructores más de trescientos metros cuadrados. (**STS de 14 de marzo de 2001; no ha lugar.**)

HECHOS.—La finca de los actores fue demolida por los propietarios de la finca colindante y sobre el solar se edificó un nuevo edificio. Cuando se estaba realizando la construcción, los actores requirieron a los que la estaban llevando a cabo para que cesaran en su actividad. Se ejercitó posteriormente una demanda contra los actuales y anteriores propietarios, así como frente a la entidad de crédito que se adjudicó en subasta judicial la finca colindante, en reclamación del precio del terreno y de la indemnización por los daños originados por los poseedores de mala fe, en aplicación de la doctrina de la accesión invertida. El Juzgado de Primera Instancia la estimó

íntegramente. Sin embargo, la Audiencia Provincial admitió parcialmente el recurso de apelación, absolviendo en la instancia a tres de los codemandados y declarando que la obra se realizó de buena fe. El TS rechazó el recurso de casación interpuesto por los actores. (L. F. R. S.)

66. Semejanza de la tercería de dominio con la acción declarativa de dominio y diferencia con la acción reivindicatoria.—Una reiterada doctrina emanada de esta Sala ha venido proclamando que si bien la finalidad de la tercería de dominio no es la obtención o la recuperación de los bienes a que se refiere, sino el levantamiento del embargo trabado sobre los mismos (S de 5 de junio de 1989), por lo que no se identifica con la acción reivindicatoria (SS de 8 de octubre y 18 de diciembre de 1990 y 8 de febrero de 1991), en ella ha de examinarse y resolverse el tema relativo a la titularidad dominical invocada, en la medida en que haya de conducir al alzamiento o no del embargo (S de 15 de abril de 1992) por lo que el tercerista ha de probar inexcusadamente, para el éxito de su pretensión, que es propietario de los bienes que pretende liberar de la traba (SS de 24 de julio de 1992 y 1 de abril de 1993).

Para la calificación del contrato como arrendamiento financiero o compraventa a plazos es irrelevante la cuantía fijada al valor residual.—La cuantía más o menos reducida fijada al valor residual para el caso de que se ejerçitase la opción de compra resulta irrelevante en orden a la calificación de un contrato como arrendamiento financiero o compraventa a plazos, según resulta de la doctrina sentada por esta Sala en numerosas resoluciones que expresamente se mencionan en las SS de 1999 a que nos venimos refiriendo, como son las de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998 y 2 de febrero y 15 de junio de 1999. (STS de 12 de marzo de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad de arrendamiento financiero interpuso una tercería de dominio frente a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social y al poseedor de un camión, solicitando se alzase el embargo trabado sobre dicho bien, por no ser de la propiedad del deudor, sino de la tercerista. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el TS estimaron la tercería de dominio interpuesta. (L. F. R. S.)

67. Para convertir una comunidad ordinaria sobre un edificio en una propiedad horizontal, además del acuerdo de los interesados, es preciso que exista correspondencia entre las cuotas en primera comunidad y en la segunda.—Cíerto es que las características estructurales del edificio permitían su división material en tres viviendas independientes de propiedad separada con unos elementos comunes en copropiedad. Pero no menos cierto es que la materialización de esta forma de división pasaba por un acuerdo de los interesados en el que alguno de ellos, con más claridad el demandado-reconviniente, renunciara a una parte de su cuota en beneficio de cada uno de los otros dos a fin de conseguir la necesaria correspondencia entre cuota de cada condómino y cuota de cada vivienda en relación con el edificio.

Necesidad de vender la finca en pública subasta, al no poderse tomar otra decisión al respecto.—Al no ser jurídicamente viable la forma de división contemplada en el párrafo segundo del artículo 401 CC y no haber convenido tampoco los condueños litigantes que el edificio se adjudicase a uno

de ellos indemnizando a los demás, la sentencia recurrida efectivamente infringió dicho artículo y los artículos 404, 406 y 1062, todos del CC, y además sin que tal infracción se tradujera en solución equitativa alguna. (STS de 1 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los litigantes eran copropietarios de un edificio de dos plantas, perteneciendo la mitad a las dos demandantes y la otra mitad al demandado, que era tío de aquéllas. El demandado habitaba una de las tres viviendas del edificio. Las sobrinas demandantes instaron un procedimiento solicitando la extinción de la comunidad y la venta del edificio en pública subasta, con admisión de licitadores extraños. El demandado reconvino, solicitando que cesara la comunidad, que se le adjudicara en pleno dominio la vivienda en la que habitaba y que se vendieran las otras dos viviendas y se distribuyera proporcionalmente su precio entre los tres copropietarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvenCIÓN. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y revocó parcialmente la sentencia apelada, en el sentido de adjudicar en pleno dominio al demandado recurrente la vivienda en la que habitaba, ordenar la venta de las otras dos viviendas y que se distribuyera proporcionalmente su precio entre los tres copropietarios, «sin perjuicio que las interesadas puedan constituir el edificio resultante en régimen de propiedad horizontal». El TS admitió el recurso de casación interpuesto por las sobrinas demandantes, coincidiendo con el fallo dictado por el juez de primera instancia. A falta de acuerdo de las partes, no era viable la propiedad horizontal entre las sobrinas, puesto que existía, sobre las dos viviendas en las que podía recaer, un porcentaje en favor del tío, resultante de restar a su cuota del cincuenta por ciento el valor de la vivienda adjudicada, y esa diferencia (un quince por ciento aproximadamente) no estaba representada por la adjudicación de una concreta propiedad separada y, por otra parte, el tío no había renunciado a ese exceso porcentual, por lo que era jurídicamente inviable una propiedad horizontal entre las dos sobrinas. (L. F. R. S.)

68. Doble inmatriculación. Los casos de doble inmatriculación de fincas han de resolverse conforme al Derecho civil puro, prescindiendo de las normas y principios hipotecarios o registrales.—El problema de la doble inmatriculación no está resuelto explícitamente por la Ley Hipotecaria pese a ser una de las patologías del sistema hipotecario español en el que destaca la falta de fiabilidad de las situaciones de hecho de las fincas inscritas. No es suficiente la simple mención que hace el artículo 313 RH a la «declaración del mejor derecho al inmueble».

La doctrina que ha mantenido esta Sala, aunque no con unanimidad pero sí en las últimas sentencias, como las de 30 de noviembre de 1989 y 30 de diciembre de 1993 es la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil. Dice, en este sentido, la primera de estas sentencias: «en el campo del derecho civil, son dos los criterios sentados por la doctrina de esta Sala: a) el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil pero, es decir abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales; b) el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación

sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo; ahora bien, del examen de dicha doctrina fácilmente se deduce que la regla general la constituye el primero de los criterios jurisprudenciales, y sólo para ciertos casos en los que concurran circunstancias cuyos particulares será en los que se puede aplicar el segundo criterio; y esto es así por lo simple de la cuestión, puesto que de atenernos a este segundo criterio hubiese bastado que el legislador así lo hubiere sancionado y de no hacerlo lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo, cuando la cuestión estaba resuelta con el mero examen de las hojas registrales». Y añade la segunda: «esta Sala ha declarado con reiteración (SS, entre otras, de 31 de octubre de 1978, 28 marzo y 16 de mayo de 1980, 12 de mayo de 1983 y 8 de febrero de 1991) que en los supuestos de doble inmatriculación ha de resolverse la pugna conforme al Derecho civil puro, con exclusión u omisión de las normas de índole hipotecaria contenidas en la Ley de esa materia, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad».

No cabe fundamentar el recurso de casación en la cita de preceptos genéricos y heterogéneos.—Es muy reiterada la doctrina jurisprudencial de que no cabe en casación la cita, como motivo, de preceptos heterogéneos; las normas de interpretación del negocio jurídico que se citan como infringidas son, incluso, contradictorias: el artículo 1281 CC contiene dos párrafos, el primero sobre el elemento literal de interpretación y el segundo sobre el elemento intencional, al que se refiere también el artículo 1282 CC; el elemento sistemático lo contempla el artículo 1285 CC; el artículo 1286 CC, atinente a la interpretación objetiva, es complementario de las normas anteriores.

Citando sólo las sentencias más recientes, plasman la doctrina de que no cabe la cita de preceptos genéricos y heterogéneos como éstos sobre interpretación del negocio jurídico, amplios y contradictorios, las de 26 de noviembre de 1999, 14 de febrero, 28 de abril y 9 de junio de 2000). (**STS de 18 de diciembre de 2000;** no ha lugar.)

HECHOS.—La Iglesia parroquial y el Ayuntamiento de un pueblo valenciano se disputan la propiedad de un antiguo convento del que fue privada la Iglesia por las leyes desamortizadoras y que en virtud de éstas se atribuyó al Ayuntamiento. En el proceso se pone de manifiesto la existencia de una doble inmatriculación de la finca litigiosa. Ambas sentencias de instancia desestiman la pretensión principal de la parroquia, si bien con fallos no conformes de toda conformidad. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la citada parroquia. (*M. C. B.*)

69. Adquisición a non domino por terceros hipotecarios de buena fe, debida a inexactitudes registrales. La tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, si no se deduce lo contrario de la propia escritura pública.—Dice la S de 29 de mayo de 1997 que «es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia (SS de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984 y 7 de febrero de 1985) el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión

material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1462.II CC»; en igual sentido dice la S de 9 de octubre de 1997 que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite éstas en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del artículo 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato». En el caso de autos, de la escritura pública otorgada el 28 de abril de 1989 no se deduce lo contrario respecto de la compradora, acreedora de la entrega de la cosa objeto del contrato de compraventa, negocio jurídico de disposición que además fue inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que refuerza la concurrencia de la *traditio* en su proyección de *ficta*, según declara la sentencia de esta Sala y las que en ella se citan». Por su parte la S de 8 de mayo de 1982 afirma que «la S de 16 de febrero de 1970 especificaba que la tradición instrumental o *ficta* posee la misma eficacia que la ocupación material, con lo cual se quiere decir que no es suficiente, como se pretende en el motivo, alegar que existe otro poseedor cuando es este poseedor el que se opone como tal con olvido del conflicto real aquí planteado o de su condición de pretendido titular dominical en pugna con el otro título, fundado en que adquirió las fincas con precedencia, pero con una titulación que, pese a su inscripción registral, está también puesta en duda y discusión en la contienda, precisamente porque su adquisición y tradición real ha sido objetada», y la S de 8 de julio de 1983 dice que «la tradición es no sólo posible en la forma real y directa, sino también en la forma *ficta* que en la de tipo instrumental permite precisamente el párrafo 2.º del citado artículo 1462, a cuyo tenor sobradamente conocido, “cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario”. Lo que evidencia que hasta el otorgamiento de la escritura, que medió en el supuesto examinado y la presunción que el precepto establece, no tiene el carácter de todas las presunciones *iuris tantum* sino que según precisó la jurisprudencia de este TS –especialmente en las SS de 22 de marzo de 1952 y 28 de junio de 1961– sólo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario; siendo consiguientemente irrelevante lo que digan unos testigos o se manifieste al absolver posiciones por la viuda del comprador respecto a si hubo o no entrega».

La retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública.—El hecho, por tanto, de que el propietario embargado no hubiese hecho entrega de las llaves del inmueble no permite afirmar, como se pretende en el motivo, que los adjudicatarios en la subasta de dicho bien y posteriormente los adquirentes por compra, los actores-recurridos, no hubiesen adquirido el dominio de la finca al concurrir el título y la tradición instrumental, al no constar ni deducirse de la escritura pública de compraventa; la retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública ya que frente a él los adquirentes estaban facultados para exigir la acción de cumpli-

miento de la obligación de entrega nacida del contrato o de reclamación de la posesión por su condición de precarista.

En materia de propiedad y derechos reales, la buena fe consiste en la creencia en la titularidad dominical del *tradens* y en la ignorancia de la existencia de vicios que afecten a dicha titularidad.—El concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales y por ende, para la aplicación de la protección de la fe pública registral que reconoce el artículo 34 LH al titular inscrito, ha sido precisado por reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que este requisito consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio, y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (por todas, S de 19 de julio de 1989).

La buena fe es una cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a los juzgadores de instancia.—Declarada por el Tribunal de instancia la buena fe en los adquirentes ahora recurridos, es doctrina reiterada de esta Sala que la buena fe es cuestión de hecho de incumbencia de los juzgadores de instancia, cuya apreciación probatoria procede ser mantenida en casación siempre que no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado (S de 12 de marzo de 1993).

Los preceptos de carácter genérico, como el artículo 1261 CC, no son aptos para fundamentar un recurso de casación.—El motivo segundo se funda en la infracción del artículo 1261 CC. El motivo ha de ser desestimado por ser doctrina reiterada de esta Sala la de que los preceptos de carácter genérico no son aptos para fundar un recurso de casación por el cauce procesal aquí elegido; dice la S de 23 de octubre de 1989, citada por la de 5 de abril de 1993, que «la alegación como infringido de un precepto de carácter genérico como es el artículo 1261 CC, enumerador de los requisitos que han de concurrir para la existencia del contrato sin la invocación precisa y concreta de los artículos de las siguientes secciones que lo desarrollan sustituida en el motivo por la alegación de “los demás que lo desarrollan” sería causa suficiente para la desestimación del motivo», doctrina que provoca la anunciada desestimación del motivo.

El artículo 1473 CC se aplica a los casos de doble venta de una misma cosa por el mismo vendedor, pero no a las situaciones en que hay dos ventas realizadas por vendedores diferentes.—Como dice la S de 8 de mayo de 1982 «ya la sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1948 declaró que el artículo 1473 CC requiere un solo vendedor que tenga facultad de disponer de la cosa y diferentes compradores, pero no se refiere al supuesto de dos ventas, realizada la primera por quien podía hacerlo por disponer de la finca que se hallaba en su patrimonio, y la segunda por otras personas que no podían disponer de la cosa por no haber llegado a entrar en el suyo».

La fe pública registral protege a los terceros adquirentes de buena fe que confiaron en los datos del Registro, incluso cuando estos datos sean incorrectos por cualquier razón, caso éste en que se produce una adquisición a *non domino*.—Cualquiera que sea la respuesta casacional que hubiera de darse a estos motivos, la misma carece de trascendencia a los efectos de anular la sentencia aquí recurrida por razón de que los compradores deman-

dantes, don Manuel L. G. y doña María Z. M., son terceros hipotecarios de buena fe, por haber adquirido a título oneroso de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir el dominio e inscribieron su título, respecto de los cuales entra en juego, a su favor, la fe pública registral, al contratar confiados en el contenido del Registro en el momento de su adquisición, sin que les afecte la posible inexactitud de su contenido, cualquiera que sea la causa de la misma, es decir, ya sea porque no han accedido al mismo determinados actos o contratos, ya sea porque, correcta o incorrectamente, han sido erradicados del contenido registral determinados negocios jurídicos a través de la cancelación de las inscripciones que causaron, quedando así configurado el contenido registral que fue tenido en cuenta por los compradores, quienes no pueden sufrir las consecuencias de un actuar negligente ya sea de los particulares que no accedieron oportunamente al Registro, ya del encargado del Registro. Nos encontramos en el caso con una adquisición *a non domino*, manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título de su transmitente, a virtud de esa pretendida incorrecta cancelación de la inscripción de dominio a favor de la recurrente, COVEN, S.A. (STS de 22 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de un juicio ejecutivo, la finca litigiosa fue embargada en 1984 por COVEN, S.A. y el embargo causó la correspondiente anotación preventiva, a lo que siguió un auto de adjudicación de la finca embargada a dicha persona jurídica. En 1989 fue cancelada por caducidad la anotación preventiva de embargo e, inmediatamente después, se anotó también preventivamente un nuevo embargo, en esta ocasión, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social por deudas del anterior propietario embargado. En 1990 el Juzgado que había conocido del juicio ejecutivo promovido por COVEN, S.A. otorgó a su favor escritura pública de adjudicación de la finca, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad como inscripción 4.^a Apenas cuatro meses después, y como consecuencia del procedimiento de apremio seguido por la Seguridad Social contra el primer propietario, se otorga escritura pública de adjudicación de la misma finca a favor de dos personas físicas, causando la inscripción 6.^a Estos adjudicatarios a su vez venden a unas tercera personas que son las que en primera instancia ejercitan una tercería de dominio contra COVEN, S.A. para que les entregue la posesión de la finca y reconozca su propiedad libre de toda carga. El caso es que la inscripción de dominio de COVEN, S.A. (la 4.^a) había sido cancelada por ser de fecha posterior a la anotación preventiva de embargo a favor de la Seguridad Social, sin que se tuviera en cuenta el anterior auto de adjudicación de la finca de 1985, finalmente elevado a escritura pública en 1990. Tanto la sentencia de primera instancia, como la de apelación, consideran a los tercistas terceros hipotecarios de buena fe y, por tanto, propietarios, al igual que lo hace el TS cuando declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por COVEN, S.A. (M. C. B.)

70. Derecho de uso de la vivienda familiar concedido después de la anotación preventiva de embargo de la mitad indivisa del inmueble perteneciente al otro cónyuge.—Con posterioridad al embargo de la mitad indi-

visa de la finca (vivienda familiar) se constituyó judicialmente un derecho de uso sobre la totalidad del inmueble a favor de la propietaria de la otra mitad (en virtud de la sentencia de separación matrimonial). Esta situación resulta subsumible en el párrafo 5.º del artículo 38 LH que regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor. Según ha declarado en otras ocasiones el TS, la norma establecida en el precepto mencionado determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado.

Requisito de buena fe en el ejercicio de los derechos.—La ausencia de buena fe en el ejercicio de los derechos impide ampararse en la presunción de exactitud registral (que en principio se podría invocar como consecuencia de la publicación de edictos anunciando la subasta pública de una finca que se calificaba como exenta de cargas) que, de otro modo, evitaría que la adquisición resultase afectada por la concesión del derecho de uso de la vivienda. (STS de 4 de diciembre de 2000; *ha lugar*.)

HECHOS.—L. P. M. y su esposo J. J. L. compartían la propiedad de una casa y el terreno que la rodeaba, que constituía su vivienda familiar. Como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, dicha finca se inscribió en el Registro de la Propiedad a favor de cada uno de los cónyuges por mitades indivisas. Posteriormente, en causa criminal seguida contra el señor J. J. L. por impago de la pensión alimenticia, le fue embargada la mitad indivisa del citado inmueble, se anotó el embargo en el Registro de la Propiedad (con fecha 28 de noviembre de 1991) y se acordó la venta en subasta pública del bien objeto de la traba, adjudicándose el inmueble en tercera subasta a J. J. C. A. (auto de adjudicación de fecha 7 de abril de 1993) amigo de J. J. L. Finalizado el proceso de separación matrimonial de L. P. M. y J. J. L., a la señora P. M. se le reconoce el derecho de uso de la vivienda familiar (S de 26 de enero de 1993). En instancia y en apelación se discute sobre la primacía de los derechos sobre la vivienda del adquirente en subasta pública o de la titular del derecho de uso. (M. C. P. A.)

71. Validez de constitución de la hipoteca.—El artículo 1875 CC establece los requisitos para la válida constitución de la hipoteca. No es óbice para ello la denegación de inscripción de una de las estipulaciones, que no equivaldrá a ausencia de inscripción, por lo que el derecho real existirá (FD 2.º).

Procedimiento de ejecución del artículo 131 LH.—El artículo 1880 CC únicamente contiene una remisión, estableciéndose la exigencia al actor de que acompañe con la demanda de ejecución hipotecaria «el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la Ley de enjuiciamiento civil exige para despachar la ejecución». Para proceder a la ejecución hipotecaria es necesaria la comprobación de la existencia, exigencia y liquidez de la deuda, siendo posible que resulte de la existencia de póliza de préstamo, con certificación del saldo intervenido por Corredor de comercio. La acción del artículo 131 LH se clasifica como «acción real que se dirige contra la cosa hipotecada para mediante la realización de su valor hacer efectivo el cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (FD 3.º).

La notificación al fiador exigida previa al juicio sumario hipotecario no es aplicable al hipotecante, ya que así se estableció en la STS de 6 de octubre de 1995, «si el hipotecante ajeno a la deuda no es deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador». El requisito fundamental que exige la Ley hipotecaria es el requerimiento de pago al deudor y al tercer poseedor de la finca hipotecada.

Distinción entre la inexistencia negocial y la acción revocatoria.—La utilización de expresiones como «con ánimo de fraude» y «en fraude de acreedores» no es indicio suficiente para entender que lo que se plantea es una acción pauliana o revocatoria. La distinción entre ambas acciones no se halla en el ánimo de defraudar, debido a que la simulación puede perseguir este propósito fraudulento. La diferencia estriba en que la simulación consiste en la apariencia de un vínculo jurídico que es inexistente debido a la falsedad o carencia de causa, mientras que en la rescisión el contrato es válido, concurriendo los requisitos esenciales, independientemente de la causa rescisoria. Esto es el motivo de la subsidiariedad jurídica de la rescisión respecto de la nulidad.

Configuración y prueba de la simulación absoluta.—Se crea la apariencia de un contrato, como mero disfraz o apariencia engañosa (*substantia vero nullam*) (SS de 31 de diciembre de 1999 y 27 de noviembre de 2000). Da lugar a la nulidad por carencia de causa. En lo que respecta a la prueba, se posibilita la prueba directa, aunque se ejercita usualmente la actividad presuntiva (SS de 5 de noviembre de 1988 y 27 de noviembre de 2000), consistente en la deducción de la existencia de la simulación, partiendo de hechos previamente fijados (a través de interferencia lógica). Se alcanza una conclusión lógica mediante la interrelación entre los indicios. (**STS de 9 de marzo de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandada doña Beatriz C. P. en escritura pública de 31 de julio de 1989 y 8 de octubre de 1990 constituyó sendas hipotecas a favor del *Banco de Alicante* sobre una vivienda. En el procedimiento de ejecución hipotecario, en el que se dictó auto de adjudicación del inmueble hipotecado a favor del Banco, compareció el padre de doña Beatriz, don Pascual C., que manifestó su condición de arrendatario. El Banco presenta demanda solicitando el desalojo por inexistencia del contrato simulado. Por otro lado, se formula reconvención solicitando la nulidad del proceso judicial sumario del artículo 131 LH, incluso del auto de adjudicación. El contenido de la reconvención se resume en las siguientes alegaciones: el crédito cuya efectividad es objeto de la ejecución hipotecaria deriva de una póliza de préstamo otorgada el 29 de octubre de 1990; la hipoteca es del 8 de octubre de 1990; y el Registrador de la Propiedad deniega la inscripción que hacía referencia a las obligaciones anteriores a su otorgamiento, limitando la hipoteca a la garantía de las obligaciones futuras, así como denegó la inscripción de la estipulación referida a los supuestos de ejercicio de la acción hipotecaria. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando la inexistencia del contrato de arrendamiento entre los demandados y condena a que se desaloje la vivienda. Se recurre en apelación y la Audiencia Provincial de Alicante desestima el recurso. Se presenta recurso de casación ante el TS.

NOTA.—Aunque existan SS en contra (véase STS de 26 de abril de 1962), Díez-Picazo y Gullón Ballesteros afirman que el fraude de acreedores no hace ilícita la causa, y por tanto, no nos hallamos

ante un negocio nulo radicalmente, sino rescindible, lo que presupone su validez (*Sistema de Derecho Civil*, vol. I, ed. Tecnos). La existencia de simulación absoluta caracteriza al negocio de carencia de causa, y por tanto, se considera nulo radicalmente. (P. S. S.)

72. No se incluyen en la hipoteca inmobiliaria los muebles que pueden separarse sin quebranto de la materia.—En el motivo tercero, se denuncia la infracción del artículo 111 LH, respecto de la extensión de la hipoteca inmobiliaria, que debe recaer sobre todos los objetos muebles colocados en la finca hipotecada, argumento éste que es primordial para la decisión del recurso y que ha de ponerse en consonancia con el contenido de la cláusula 3.^a de la hipoteca inmobiliaria de 8 de julio de 1988, cláusula que prácticamente viene a remitir a la sanción del artículo 111 LH (coincidencia, pues, básica entre las repetidas extensión hipotecaria convencional y legal), en el sentido de que la hipoteca inmobiliaria, salvo pacto expreso, no comprenderá los objetos muebles que se hayan colocado permanentemente en la finca hipotecada a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. Es claro, pues, que dicha hipoteca inmobiliaria no se extiende salvo pacto expreso —se repite— a aquellos objetos colocados permanentemente que puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, precepto éste que es aplicable en el caso de autos. (STS de 14 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En el año 1988, la entidad *Drellok, S.A.* otorgó escritura pública de constitución de hipoteca inmobiliaria a favor de *Agromán*. En dicha escritura se establecía que «la hipoteca se extiende a cuanto determinan los artículos 109, 110 y 111 LH y además con pacto expreso a las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de las obligaciones y los objetos muebles colocados en la finca hipotecada y a las nuevas construcciones que pudieran ejecutarse». Con posterioridad a la citada escritura pública, *Drellok, S.A.* instaló en la finca hipotecada una maquinaria llamada «Línea de Extrusión Breda», sobre la que constituyó en 1990 una hipoteca mobiliaria. La acreedora hipotecaria instó un procedimiento declarativo para que se declarase la nulidad de la hipoteca mobiliaria constituida sobre la maquinaria citada, por estimar que ésta se hallaba incluida dentro de los bienes objeto de la hipoteca inmobiliaria constituida en 1988. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia, absolviendo al demandado, por considerar que la maquinaria se colocó en la finca con posterioridad a la constitución de la hipoteca inmobiliaria y era separable del inmueble sin quebranto de la materia. El TS confirmó esta decisión. (L. F. R. S.)

DERECHO DE FAMILIA

73. El juicio de homologación de la sentencia canónica de nulidad matrimonial no debe extenderse a otros pronunciamientos, como el de considerar que el procedimiento supone un abuso del derecho.—No cabe obviar aquella declaración de sentencia canónica ajustada al Derecho del

Estado. Se mantiene en definitiva, lo establecido por esta Sala, en S de 1 de julio de 1994: «la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas dependen exclusivamente, sin mayores cortapisas, de la superación de un juicio de homologación que se ciñe a dos extremos concretos: *a) autenticidad de la sentencia firme*, esto es, comprobación o verificación de su validez extrínseca, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y *b) adecuación de la sentencia* (en su contenido) al Derecho del Estado, lo cual comporta un examen de fondo que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal, de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español. Al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene atribuido por ley.

Corresponde al juez de la ejecución determinar, según las peticiones de las partes y el ámbito objetivo de la misma ejecutoria, el alcance concreto de los efectos dimanantes del juicio de homologación, sin que se desvirtúen los derivados de sentencias firmes anteriores, dictadas por la jurisdicción civil sobre la crisis matrimonial en cuestión. (**STS de 5 de marzo de 2001**; ha lugar.)

HECHOS.—El recurrente, después de obtener el divorcio de su esposa, pretendía homologar una posterior sentencia de nulidad matrimonial pronunciada por los tribunales eclesiásticos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que la conducta del demandante suponía un abuso de derecho, pues con la homologación de la sentencia de nulidad pretendía dejar sin efecto la pensión compensatoria que a su cargo se había establecido en el procedimiento de divorcio. El TS dio lugar al recurso de casación, admitiendo la homologación de la sentencia eclesiástica de nulidad, declarando que en nada podía alterar los efectos derivados del procedimiento de divorcio. (*L. F. R. S.*)

74. Principio de cogestión de los bienes gananciales. No carece de motivación la sentencia en cuya fundamentación no se cita norma o doctrina específica.—El motivo carece totalmente de fundamento. El que no se cite norma o doctrina en apoyo de la argumentación jurídica no significa ausencia de motivación.

Las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones objeto de debate sin que suponga incongruencia la omisión de argumentación respecto de un planteamiento jurídico.—Como es conocido por reiterada doctrina de esta Sala de innecesaria cita cronológica dada su profusión, las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones objeto de debate, y la omisión de argumentación respecto de un planteamiento jurídico supone falta de motivación, que, como también viene reiterando este Tribunal, es un vicio procesal distinto.

Los negocios jurídicos que comprometen el futuro de un inmueble ganancial están sometidos al principio de «cogestión» y son anulables por el cónyuge que no prestó su consentimiento.—El problema jurídico suscitado debe ser resuelto en el sentido de que el negocio de que se trata compromete el futuro de un bien inmueble ganancial y, por consiguiente, está

sujeto al principio de «cogestión» que establece el artículo 1375 CC, en el sentido de que no basta para su plena validez la actuación de uno solo de los cónyuges, sino que se precisa también el consentimiento del otro, de modo que no habiendo intervenido la Sra. A. P. en dicho contrato, ni prestado el consentimiento en forma alguna para tal operación, está facultada para ejercitar la acción de nulidad (anulabilidad o impugnabilidad), y al haberlo hecho dentro del plazo legal de cuatro años previsto en el último párrafo del artículo 1301 CC, procede acordar la nulidad solicitada (casando y anulando la sentencia recurrida en los términos que se dirá).

El contrato litigioso es un acto que precisa de la «actuación conjunta» de los cónyuges por afectar gravemente al aprovechamiento de los bienes gananciales.—Ésta es la verdadera *ratio decidendi*, el contrato de que se trata, ni en su forma compleja, ni siquiera en sus individualidades o componentes (con su propia autonomía), es subsumible entre los actos que un cónyuge puede realizar con independencia del otro, de tal manera que (salvo que se hubiera dado un supuesto de excepción, que no es el caso) es precisa la «actuación conjunta», además de para los actos de disposición (arts. 1375, 1377 y 1378), para todos aquellos actos de gestión que, aunque puedan considerarse incluibles en administración ordinaria, afecten gravemente, con carácter duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los bienes gananciales (S de 7 de marzo de 1996), quedando reducida la posibilidad de la actuación individual, por no regir con carácter necesario el principio de cogestión, a los actos de gestión ordinaria que no afectan a la sustancia de la cosa, sino sólo a la conservación o al aprovechamiento ordinario, y, por supuesto, los normal o habitualmente asignados por su posición gestora en el ámbito económico familiar, que obviamente no concurren en el caso de autos.

El principio de cogestión supone la necesidad de que sean ambos cónyuges conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento o representación del otro, quienes contraigan las obligaciones contra la sociedad de gananciales.—Por último, es de señalar que el principio de cogestión supone, como entiende la doctrina dominante, que no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no actúan los dos cónyuges, conjuntamente, o con representación o consentimiento del otro, y que serán anulables los actos de gestión (como los de disposición), sean obligacionales o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico (arts. 1367, 1375 y 1377, y 1301 CC).

La declaración judicial de la nulidad del contrato conlleva la aplicación del efecto previsto en el artículo 1303 CC.—El acogimiento de la pretensión de nulidad conlleva el efecto de aplicar la disposición del artículo 1303 CC, que es acogible de oficio y además ha sido postulado por el demandado señor M. S. en el recurso de apelación según consta en el FD 1.^º de la resolución recurrida. A falta de más datos para pronunciarse sobre las circunstancias concurrentes debe acordarse de que se reintegre a la comunidad ganancial el objeto arrendado, y que se debe compensar el tiempo en posesión con los importes de rentas correspondientes, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se lleven a cabo las actuaciones procedentes de carácter complementario y liquidatorio para restablecer el justo equilibrio de intereses, en armonía con el principio que veda el enriquecimiento injusto que constituye la regla básica que inspira la doctrina jurisprudencial en la materia. (STS de 14 de noviembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Un señor casado en régimen de gananciales, sin contar con el consentimiento de su esposa, concierta con otro un contrato de arrendamiento con opción de compra de un local de negocio pactando una duración inicial de cuatro años prorrogables hasta veinte y sin establecer una contraprestación especial por la concesión del derecho de opción. La esposa demanda a ambos contratantes solicitando la declaración de nulidad del contrato, ya sea por falta de su propio consentimiento, por ausencia de causa o por error en el consentimiento del marido. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato, siendo posteriormente revocada por la Audiencia Provincial. La demandante interpone el recurso de casación y el TS casa la sentencia de apelación y confirma en parte la del Juzgado. (M. C. B.)

75. Diferencia entre los supuestos regulados por los artículos 1317 y 1324 CC.—El artículo 1317 CC contempla, constante matrimonio, la posibilidad de sustituir un régimen económico matrimonial por otro, mientras que el artículo 1324 CC viene a regular una relación entre cónyuges con respecto a su patrimonio privativo para probar del uno al otro —irrebatiblemente a través de la confesión de quien de los mismos pueda por ello resultar perjudicado— la condición privativa de uno de ellos de determinados bienes, sin que esto suponga en modo alguno la transmisión que permite el artículo 1323 CC porque no se refiere, como se puede en el caso de éste, a la creación de una nueva situación, sino al reconocimiento de lo que ya era aunque no pareciera como tal.

La modificación del régimen económico no perjudica los derechos adquiridos por terceros.—Cuando esos derechos resulten afectados por la sustitución de régimen económico matrimonial, 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 SS de 13 de junio de 1986 y 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987.

Protección de los herederos forzosos y de los acreedores frente a la confesión de privacidad.—Aunque entre los esposos es plena la eficacia de la confesión de un cónyuge al respecto, no ocurre así en relación a terceros —los herederos forzosos del confesante, que podrán impugnar el acto por simulado o por perjudicarse con él su legítima, y los acreedores que, basándose en la permanencia de la propiedad en el confesante o en la sociedad de gananciales que pudiera regir entre uno y otro cónyuge, podrían impugnar el acto confesado por ser fraudulento o simplemente simulado— para los que no existe la limitación que supone la exigencia del artículo 1317 CC como la pone de relieve la concesión, sin discriminación para los otros posibles afectados, de la facultad impugnatoria a los herederos forzosos cuya condición legitimadora y de perjuicio irrogado no podrá conocerse hasta que se abra la sucesión del cónyuge confesante del artículo 1324 CC y no menos por los acreedores que hayan surgido y que en la ineficacia de aquel acto tienen el remedio, a falta de otros bienes en que resarcirse, para cobrar sus créditos.

No cabe ejercitar la facultad concedida en el artículo 1317 CC cuando se trata de acreedores posteriores a la fecha de la modificación del régimen económico, aunque éste no se hubiera liquidado aún.—La modificación del régimen económico matrimonial de que tratamos fue producida cuando tales derechos acreedores aún no habían nacido y nada supone a esa

inocuidad la falta, que se dice, de la liquidación material de la sociedad de gananciales sustituida y disuelta por el medio que establece el artículo 1392.4.º CC, pues establecidas, y no controvertido eficazmente, que en esa sociedad no existía ningún bien, la operación ha quedado cerrada con el acto resolutorio y de cambio porque cualquier otra operación posterior al respecto no sería posible, además de ser inútil porque nada añadiría al nuevo estado establecido.

Para que la confesión de privatidad no tenga eficacia frente a los acreedores del cónyuge confesante, han de probar su falsedad y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes.—Hecha en forma indubitable, esa confesión surte toda su eficacia entre cónyuges y también respecto a terceros siquiera los herederos forzosos del cónyuge confesante pueden impugnar la trascendencia de lo confesado cuando por su falsedad o por su exceso en el contenido económico perjudique sus derechos hereditarios y pueden impugnarla los acreedores en razón de una propiedad que no haya dejado de ser lo que por confesión se dice que ha cambiado y sobre la que, por lo mismo, pueden pretender realizar sus créditos siquiera para ello han de probar la falsedad de aquella confesión y la imposibilidad de cobrar sus créditos sobre otros bienes, pues de otro modo, dado el tiempo posterior del nacimiento de sus créditos, han de pasar por lo que resulte de la confesión hecha de privatidad.

Al haberse realizado la confesión de privatidad antes de que el confesante contrajera la obligación, el acreedor carece de la posibilidad de considerar que el bien es ganancial.—Confesada la adquisición de la finca litigiosa como privativa de la demandante, desde la fecha misma de su adquisición por compra —ya que la confesión del esposo constituye acto probatorio de lo que ya era y no traslativo del derecho a que se refiere— la anterioridad del derecho de propiedad, tanto si se toma en cuenta el momento de su adquisición como el de confesión de su cualidad, es manifiesta y no comporta presunción de fraude para con el derecho acreedor que pretende realizar la entidad recurrida aun habiendo logrado su embargo y anotación sobre bien no perteneciente a su deudor, lo que justifica la acción de tercería de dominio en aras de lo dispuesto en el artículo 1532 LEC al acreditarse el dominio, no contradicho eficazmente, de la tercerista. (STS de 15 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—El marido adquirió un inmueble en 1988, sin hacer constar la procedencia del dinero. En el año 1990, los cónyuges otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, en la que modificaron su régimen económico, pasando a regirse por el de separación de bienes. En dicha escritura, el marido confesó que el bien adquirido en 1988 era de la exclusiva pertenencia de su esposa. Las capitulaciones tuvieron acceso al Registro civil el mismo año en que fueron otorgadas. En el año 1991, el marido contrajo una deuda, a raíz de cuyo impago fue embargada la finca adquirida en 1988. La esposa interpuso una tercería de dominio, alegando que la finca era de su exclusiva pertenencia. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial admitieron parcialmente la demanda, declarando el alzamiento del embargo sobre la mitad indivisa de la finca. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la tercerista, basándose en la anterioridad de la confesión respecto del crédito a favor del acreedor. (L. F. R. S.)

76. Acción declarativa de derechos de uno de los miembros de una unión de hecho. La convivencia *more uxorio* no genera por sí sola una comunidad de bienes entre los convivientes, sino que es preciso que sus declaraciones de voluntad o sus *facta concludentia* indiquen la voluntad de los miembros de la unión paramatrimonial de constituir éste u otro tipo de comunidad.—Dice la S de esta Sala de 21 de octubre de 1992, citada por extenso en la de 23 de julio de 1998 que «esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese ganancias, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquiera otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho»; doctrina que reitera la S de 27 de mayo de 1998 según la cual «del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes».

El artículo 1218 CC otorga fuerza probatoria al hecho que motiva el otorgamiento de un documento público y a su fecha, pero no a la verdad intrínseca de las declaraciones hechas por los particulares ante el Notario, que pueden desvirtuarse mediante prueba en contrario.—Es cierto que la fuerza probatoria que el artículo 1218 CC atribuye a los documentos públicos se extiende, exclusivamente, al hecho que motiva su otorgamiento, en el caso de la referida escritura pública de compraventa y a su fecha, así como al hecho de que los otorgantes han hecho determinadas declaraciones ante el Notario, pero no se refiere a la verdad intrínseca de esas declaraciones que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario, si bien, en tanto no sean desvirtuadas esas declaraciones a través de pruebas documentales o de otra clase, las mismas surten plenos efectos y afectan, incluso, a los terceros. En el presente caso, no existe prueba alguna que desvirtúe el contenido de la referida escritura pública en cuanto de la misma resulta ser comprador del repetido inmueble don Alonso A. M. quien, mientras vivió, satisfizo los plazos que se iban cumpliendo con cargo a los fondos de su propiedad depositados en la cuenta bancaria a cargo de la cual se hicieron efectivas las letras de cambio por él aceptadas.

La titularidad única de la cuenta corriente determina la titularidad de los fondos depositados en ella, salvo prueba en contrario.—Como resulta indiscutido, la cuenta bancaria en la que se cargaron las repetidas letras estaba abierta, exclusivamente, a nombre de don Alonso A. M. por lo que cualquiera que sea el contrato subyacente (depósito de dinero, préstamo, apertura de crédito, descuento de letras, etc.) que determinó la aportación de fondos a la cuenta, su titularidad corresponde a la persona a cuyo nombre ha sido

aperturada la cuenta, por lo que, tratándose de una cuenta unipersonal, quien afirme que tales fondos le pertenecen en todo o en parte ha de aportar la prueba suficiente de que tal cuenta se ha nutrido con fondos de su propiedad, prueba que en este caso no se da por parte de la señora P.

El pago de unas letras de cambio aceptadas por el ya fallecido, realizado tras la muerte de éste por quien convivía con él *more uxorio*, es un pago por tercero.—Comportando la estimación de los cuatro motivos del recurso la inexistencia de titularidad dominical proindiviso a favor de la actora, ha de aplicarse a los pagos realizados por ésta, una vez fallecido el señor A. M., lo dispuesto en el invocado artículo 1158 CC, con lo cual procede la estimación de este quinto y último motivo. (STS de 22 de enero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La demandante en primera instancia convivía *more uxorio* con un señor que falleció, dejando una hija de un matrimonio previo. Ambos miembros de la pareja vivían en un chalet, del que figuraba como único propietario el fallecido, que había aceptado varias letras para el pago del mismo, algunas de las cuales fueron pagadas por la demandante tras la muerte de aquél. La conviviente supérstite reclama el reconocimiento de su condición de copropietaria de los bienes que, según ella, tenía en comunidad con su compañero. El Juzgado desestima su demanda y la sentencia es revocada por la de apelación. La hija del fallecido interpone el recurso de casación, al que el TS declara haber lugar. (M. C. B.)

77. Derecho de alimentos de los hijos mayores de edad. El artículo 93.II CC puede aplicarse analógicamente para determinar el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad habidos en el seno de una unión de hecho.—Se plantea en primer lugar la legitimación procesal activa de dichos hijos en el ámbito de este procedimiento, para lo que hay que tener en cuenta que el Juez de la instancia, a medio de providencia, dispuso que los dos hijos mayores efectuasen comparecencia en los autos a fin de otorgar representación a favor de uno de los progenitores, lo que cumplieron concediéndosela a la madre, por lo que no se trata de legitimación activa fundada en representación voluntaria ni por sustitución, sino que más bien la ratificación procesal de los hijos mayores es determinante de su coadyuvancia procesal delegante en proyección suficiente de su legitimación activa para demandar a través de su madre los alimentos que ésta postuló en la reconvenCIÓN implícita que planteó y de los que los hijos son los efectivos titulares. Refuerza la legitimación de la progenitora el interés legítimo que le asiste frente al otro progenitor no conviviente con los hijos interesados que alcanzaron mayoría de edad.

Por lo expuesto, y en atención al artículo 93.II CC no se hace necesario acudir a otro proceso declarativo, en lo que se equivoca la sentencia recurrida, ya que dicho precepto cabe ser aplicado a los hijos nacidos de uniones de hecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39.3 CE, en relación al 108 CC. El deber de los padres de alimentarlos no lo evita las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos.

No se puede dejar de lado la Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, que destaca que el derecho de los hijos a la prestación alimenticia subsiste después de la mayoría de edad, si permanece la

situación de necesidad no imputable al alimentado y llega a la conclusión de que en los supuestos en los que el descendiente sea mayor de edad al tiempo de iniciarse el procedimiento y en la demanda o contestación se hubiese solicitado a su favor una pensión alimenticia, pueden comparecer en los autos y mostrar su conformidad con la cantidad solicitada o bien otorgar poder *apud acta* al progenitor y en el caso de entender que la cantidad debe ser superior es cuando el hijo deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos.

Recientemente esta Sala ha dictado la S de 24 de abril del año en curso, en la que declara, que del artículo 93.II CC emerge un indudable interés del progenitor con el que conviven los hijos matrimoniales mayores de edad necesitados de alimentos, pero por analogía justificada cabe aplicar al supuesto que nos ocupa, toda vez que «el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo segundo, CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores». (STS de 30 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Los miembros de una pareja de hecho, con dos hijos mayores de edad y una hija menor, deciden poner fin a su relación afectiva. El padre, que inicialmente se había quedado en el domicilio familiar en compañía de los hijos, solicita del Juzgado que se le ratifique en la guardia y custodia de la hija menor y en el disfrute de la vivienda familiar junto con los hijos comunes, así como que la madre satisfaga una pensión de cien mil pesetas mensuales en concepto de contribución a las cargas de la familia. La demandada reconviene solicitando por su parte: la guardia y custodia de la hija menor, el uso de la vivienda familiar para ella y sus hijos, una pensión alimenticia de cincuenta mil pesetas para la hija menor y una contribución para los hijos mayores igual a la que hasta entonces venía satisfaciendo el padre, hasta dos años después de que aquéllos hayan terminado sus estudios para que logren su independencia económica y, finalmente, una cantidad para ella en concepto de litis expensas. La sentencia de primera instancia acoge principalmente la demanda de la madre, a la que concede el uso de la vivienda y del ajuar doméstico y la guardia y custodia de la hija menor, en tanto que impone al padre la satisfacción de una pensión alimenticia de treinta y cinco mil pesetas por cada hijo, señalando que la de los mayores de edad se extinguirá en todo caso a los veintisiete años. Apelada la sentencia por el actor, la Audiencia Provincial la revoca en parte, eliminando la pensión establecida a favor de los hijos mayores de edad, que podrían por su parte incoar el oportuno juicio de alimentos contra su padre. La madre interpone el recurso de casación al que el TS declara haber lugar.

NOTA.—La única cuestión que se debate en la sentencia de casación es la de la procedencia de que se condene al padre de dos hijos mayores de edad a satisfacer una pensión alimenticia dándose la circunstancia de que ha sido solicitada por la madre y no en un juicio de alimentos, ni tampoco en el seno de un procedimiento de separación, nulidad o divorcio. El TS accede a las pretensiones de la demandante aplicando por analogía —puesto que los progenitores no estaban casados, sino unidos de hecho— la norma contenida en el

artículo 93.II CC. A nuestro modo de ver la decisión del Alto Tribunal no resulta acertada. Y es que si ya planteaba numerosos problemas la justificación jurídica de que a la hora de reclamar los alimentos una persona –la madre– sustituyera a otra –el hijo–, siendo este último mayor de edad y titular del derecho sustantivo, mucho más difícil de justificar resulta ahora la aplicación por analogía de una norma como es el artículo 93.II CC, de carácter excepcional. Puede entenderse que los vacíos de regulación jurídica de las uniones no matrimoniales (vacíos cada vez menores en nuestro país dada la profusión de leyes autonómicas en la materia) generen ciertos perjuicios para los hijos menores de edad y que para su protección se apliquen analógicamente las medidas propias de los procesos matrimoniales, pero lo que carece de todo sentido es ese ultraproteccionismo de personas mayores de edad, a las que se considera perfectamente capacitadas para todos los actos importantes de su vida, y a las que pese a ello sus madres o padres parecen tener que asistir en todo momento, al menos ante los Tribunales de justicia. No deja de resultar paradójico que un hijo mayor de edad deba defenderse o reclamar sus derechos por sí mismo cuando la contraparte es una persona más o menos ajena a su círculo familiar y que, sin embargo, haya de ampararle uno de sus progenitores cuando la contraparte es el otro progenitor. En nuestra opinión, tanto si los padres están casados como si no, lo procedente e incluso lo más beneficioso para el hijo mayor de edad es proceder por su parte a reclamar los alimentos en el pertinente juicio al respecto. Para terminar con esta breve nota, quisieramos dejar en el aire una reflexión: con resoluciones como ésta, ¿qué necesidad hay de legislar en materia de parejas de hecho? ¿No están procediendo nuestros tribunales a una equiparación cada vez mayor y a todos los efectos entre el matrimonio y la llamada «unión libre»? Aunque ya puestos, pensamos nosotros que la equiparación debería también alcanzar a los deberes derivados del matrimonio, y no únicamente a los derechos que éste pueda dispensar. (M. C. B.)

78. La apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador y no puede impugnarse en casación. Dicha prueba, unida a la negativa a la prueba biológica, conduce a la declaración de la filiación extramatrimonial de la hija con respecto al actor.—El motivo perece inexcusablemente por no respetar las reglas casacionales, por olvidar, lamentablemente, que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional para el juzgador y no impugnable en casación y menos aún por la vía indirecta de la presunción que aparece limitada a dicho medio probatorio. Efectivamente, los artículos 1248 CC y 659 LEC no contienen reglas de valoración probatoria.

Mas desde la perspectiva de la presunción, la instancia ha declarado probados, como hechos base, por diversos testimonios, que el actor trabajó en la localidad de Molina de Aragón para don Laureano Z. en los años 1987 y 1988 que le presentó a doña María del Carmen H. A., como una amiga. Asimismo que don Mariano V. R. les arrendó la casa y que durante todo el tiempo vivió en ella en convivencia con el actor, la demandada, hoy recurrente. Si a ello se une que la citada doña María del Carmen H. A., en la extemporánea inscripción de su hija, señaló como padre al actor, lo que además tiene reconocido en la prueba de confesión, aunque pretenda desvirtuar tal expresivo dato fác-

tico con explicaciones o razones que se contradicen frontalmente con su afirmación de que tuviera relaciones con otros hombres. Todo ello se une en una concatenación lógica con la manifiesta oposición a la realización de la prueba biológica, por lo que la conclusión no puede ser otra que la establecida en ambas sentencias de instancia, conformes de toda conformidad. La infundada negativa a la práctica de la prueba biológica, en unión de los datos acreditados por la prueba, ya señalados, conducen a estimar la realidad de la filiación extramatrimonial pretendida, según las reglas de la lógica, la experiencia y del buen sentido.

La negativa a someter a la hija a la prueba biológica no supone por sí sola una *ficta confessio*, pero sí supone una base suficiente para determinar la filiación cuando se la une a otros datos acreditados en el proceso.—Fuera de toda ortodoxia casacional, el motivo añade que, aunque se admitiese a efectos meramente dialécticos que hubo una negativa de la demandada a someter a su hija Sheila a pruebas biológicas, no puede por sí sola constituir una *ficta confessio* y ello es cierto. La negativa cobra virtualidad en relación con los otros elementos fácticos acreditados en el proceso y supone una base suficiente para que el Tribunal establezca el preciso nexo causal para llegar a la conclusión sobre la filiación o paternidad reclamada y no suponiendo tal actividad una actuación arbitraria, sino el legítimo juicio de valor al que no puede renunciar el Juez, se pasa de quedar reducido a la inacción o un resultado problemático, como señaló el auto del TC 103/1990, de 9 de marzo, en recurso de amparo 1285/1988—. Por ello, aunque se ha negado por el propio TC que tal negativa suponga una *ficta confessio* —auto 276/1996, de 2 de octubre, en recurso de amparo 4493/1995— se trata, como sigue diciendo el TC en su S 95/1999, de 31 de mayo, en recurso de amparo 1167/1995 —BOE de 29 de junio de 1999— de un medio probatorio esencial y fiable para la determinación del hecho de la discutida generación en el pleito; su negativa junto con el resto de los fundamentos fácticos acreditados permite llegar a la conclusión de la determinación de la filiación. Esta Sala se ha manifestado en tal sentido, comenzando por la de 27 de junio de 1987 hasta la de 29 de marzo de 2000 en un largo muestrario de sentencias al respecto cuya cita resultaría innecesaria.

La toxicomanía del padre demandante del reconocimiento de su paternidad no afecta a esta declaración por más que sí pueda influir sobre la patria potestad o el régimen de visitas de la menor.—En lo demás, una cosa es la declaración de una paternidad y otra distinta, la relación y convivencia con el progenitor. La demandada sustenta también su oposición en la toxicomanía que afecta al actor, lo cual afectaría al bien de la niña. Mas a ello dio ya respuesta condigna la resolución de primer grado, de que ha quedado acreditado en el proceso de su desintoxicación y ello no afecta a la declaración en sí, o sea a la constatación de una realidad biológica, de tratarse realmente de la paternidad de tal niña, sino a la determinación de la patria potestad y visitas y demás que deben ser concertadas en el período de ejecución de sentencia.

La posesión de estado consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, que reconoce voluntariamente al hijo y se comporta como tal padre.—Como ya ha señalado esta Sala en su aña S de 26 de junio de 1903, la posesión de estado consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y

espontáneo. Pues bien, ello ha acontecido aquí y si no se ha prolongado más en el tiempo ha sido por la situación de deshabitación (*sic*) a las drogas del demandante y a la abierta oposición de la madre de la menor. Pero ello es más que suficiente para estimar acreditada y demostrada tal posesión de estado. (STS de 24 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras varios años de convivencia entre sus progenitores, nace una niña que es inscrita en el Registro Civil con los apellidos de su madre, aunque ésta hace constar el nombre del padre de la criatura. Después del nacimiento, los padres continúan conviviendo casi dos años más, pero finalmente la madre vuelve con su familia de origen llevándose a la niña consigo e impidiendo al padre de ésta toda relación con ella. El padre ejerce acción de declaración de paternidad y, con la oposición de la madre, ambas sentencias de instancia reconocen la filiación paterna de la hija. La madre recurre en casación ante el TS que declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

79. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad no constituye por sí sola una *ficta confessio*, pero permite la declaración de la paternidad si se la pone en relación con otras pruebas, siquiera sean indiciarias.— La negativa injustificada del demandado en el proceso en que se ejerce la acción de investigación de la paternidad, a la práctica de la prueba biológica que ha sido ordenada en el presente caso tanto por el Juez de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial, ha sido valorada reiteradamente por esta Sala llegando a la formación de una doctrina perfectamente consolidada, que afirma que no es base para suponer una *ficta confessio*, pero que, puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma así, S de 22 de mayo de 2000 que recoge esta doctrina jurisprudencial.

Doctrina que coincide con la emanada del TC, cuya S 7/1994, de 17 de enero, dice: «*es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solas la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, en esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación*». Doctrina que ha sido reiterada por la posterior S 95/1999, de 31 de mayo. (STS de 22 de noviembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La madre de dos niños gemelos ejercita la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial contra el padre de los mismos. El demandado se niega a someterse a la prueba biológica correspondiente y obtiene una sentencia absolutoria en primera instancia. La Audiencia Provincial revoca la resolución y declara la paternidad con la oposición del demandado, que interpone el recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (*M. C. B.*)

80. La intervención tardía del Ministerio Fiscal en un proceso de reclamación de paternidad subsana la omisión producida.—Como declararon al respecto las SS de 19 de junio de 1986 y 6 de febrero de 1991, cuando aunque tardíamente se incorpora al proceso el Ministerio Fiscal, dando por subsanada la omisión que de él se había producido en un principio, basta por tener cumplida la exigencia dimanante del artículo 3, núm. 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, que le asigna el cometido de «tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil», advertida la falta del Ministerio Fiscal, una vez traído al proceso y con su intervención, queda subsanada la omisión producida. (**STS de 12 de febrero de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—En un procedimiento de reclamación de paternidad no matrimonial, la demandante pidió la realización de pruebas biológicas y el demandado no alegó nada al respecto. Cuando se practicaron dichas pruebas, en diligencias para mejor proveer, el demandado las criticó, poniéndolas en cuestión. Posteriormente, en el recurso de apelación, el demandado propuso nuevas pruebas biológicas, que fueron desestimadas, puesto que el demandado no fue quien las propuso en la primera instancia. En el recurso de casación, el demandado recurrente alegaba que la tardía intervención en el proceso del Ministerio Fiscal le había producido indefensión, por lo que solicitaba la nulidad de las actuaciones; también solicitaba esa medida por la negativa de la Audiencia Provincial a realizar las pruebas biológicas solicitadas en el recurso de apelación; finalmente, alegaba la *exceptio plurium concubentium stricto sensu*, basándose en la contestación de un testigo a una repregunta, en la que reconocía que no podía asegurar que el embarazo de la demandante fuese exclusivamente por relaciones con su novio. Todos los órganos judiciales admitieron la demanda y declararon la paternidad del demandado. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE SUCESIONES

81. Falta de prueba de la insanía mental del testador.—La insanía mental, dice la S de 8 de junio de 1994, exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas así como los datos hospitalarios.

La aseveración del notario respecto a la capacidad del testador tiene valor de presunción *iuris tantum*.—En cuanto a la aseveración del Notario

respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695 aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial, lo contrario (SS de 23 de marzo de 1994 y 27 de enero de 1998), pudiendo, al conformar presunción *iuris tantum*, ser combatida por prueba suficiente y eficiente [S de 19 de septiembre de 1998, que cita las de 26 de septiembre de 1988, 13 de marzo de 1990 (*sic*), 24 de julio de 1995 y 27 de noviembre de 1995]; pruebas, que siendo de cuenta de las demandantes, no han aportado a los autos, llevando a cabo valoración propia e interesada.

El hecho de que firme un testigo por el testador no desvirtúa que éste se encuentre incapacitado.—Tal manifestación notarial no queda desvirtuada en modo alguno por el hecho de que al final del documento se haga constar: «siguen las firmas de don Avelino S. G. y la de los testigos», ya que evidentemente y resulta fácil de entender, se está refiriendo a la firma que estampó el testigo instrumental por el otorgante, conforme autoriza el artículo 695 CC, vigente al tiempo de los hechos. (STS de 15 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El causante recibió el alta hospitalaria, aunque en estado terminal, trasladándose al domicilio de la demandada. A los pocos días, otorgó testamento en el domicilio referido, instituyendo heredera única y universal a la demandada y revocando el testamento que había otorgado anteriormente en favor de sus sobrinas. El testador falleció a los cuatro días de haber otorgado el último testamento. Las sobrinas interpusieron un juicio declarativo contra la heredera, basándose en la incapacidad de testar del causante. En el procedimiento se realizó una prueba pericial, consistente en un informe emitido por un especialista en medicina interna, que no examinó directa y personalmente al testador, en el que sospechaba y suponía que éste no se hallaba en estado mental para otorgar testamento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, desestimando la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

82. Usucapión extraordinaria de los bienes de la herencia. La imprescriptibilidad de la acción de partición de la herencia entre coherederos requiere una posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios, pero no cabe invocarla cuando uno solo de los herederos ha cumplido los requisitos para adquirir toda la herencia por usucapión.—La imprescriptibilidad de la acción para pedir la división de la herencia no puede invocarse cuando uno de los coherederos ha poseído todos los bienes de la herencia en concepto de dueño y por el tiempo suficiente para ganarla por prescripción, porque la expresada acción descansa necesariamente en la posesión de consuno o proindiviso de los bienes hereditarios (aparte de otras, SSTS de 15 de abril de 1904, 6 de julio de 1917, 4 de abril de 1960, 13 de octubre de 1966 y 7 de febrero de 1997).

Salvo en circunstancias singulares, no cabe sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación, al no ser la casación una tercera instancia.—La recurrente pretende sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, sin embargo, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es

inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia. (STS de 29 de diciembre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1923 fallece un señor que deja un hijo extramatrimonial y una hija matrimonial que, desde entonces posee en exclusiva todos los bienes de su padre. Cincuenta años más tarde, y tras promover los herederos del hijo extramatrimonial el correspondiente juicio de testamentaría solicitando la partición de la herencia, los hijos de la hija matrimonial incoan un juicio declarativo contra los anteriores solicitando del Juzgado que dicte una sentencia que estime hecha con anterioridad la partición, por ser única heredera conforme a la legislación entonces vigente la hija matrimonial del causante (madre de los demandantes), y en todo caso, que estime la prescripción del derecho de los demandados a solicitar la partición de la herencia. Los demandados reconviene n y el Juzgado desestima íntegramente la demanda y acoge íntegramente la reconvenCIÓN, condenando a los demandantes a realizar con los demandados la partición de la herencia. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y declara no haber lugar a la práctica de la partición. Recurrida esta sentencia en casación por los demandados-reconvinientes y apelados, el TS declara no haber lugar al recurso por haberse producido una usucapión extraordinaria respecto de los bienes de la herencia. (M. C. B.)

83. Indivisión de la herencia impuesta por el testador. El testador puede prohibir la división de los bienes hereditarios por tiempo determinado, considerándose como tal el tiempo que media entre la apertura de la sucesión y el acontecimiento cierto, pero indeterminado en cuanto al momento de su producción, de la muerte de su viuda.—El *quid* de la presente contienda judicial y que motiva el actual recurso de casación, consiste en concreto, en determinar si la situación de indivisión hereditaria impuesta expresamente por el testador —don Miguel O. E.—, sobre una determinada finca rústica debe alcanzar solo la duración de diez años, dejando la posibilidad de prórroga cuando medie la voluntad unánime de los coherederos sobre ello, o si dicha situación de indivisión puede perdurar hasta el momento cierto pero incierto en cuanto a su acaecimiento, como es el óbito de su viuda, todo ello con la limitación que establece el artículo 1050 CC.

Pues bien superado en ciertos aspectos y en aras de concretas ventajas económicas y sociales el disfavor con que era contemplada la indivisión de la comunidad de bienes, no es una teoría arriesgada ni exagerada el proclamar que dentro de las facultades dispositivas del testador, esté el de prohibir la división de los bienes hereditarios, que podrá hacerla siempre por tiempo determinado —este es el caso—. Y sobre todo cuando así lo permite y autoriza expresamente el artículo 1051 CC.

Pues bien, todo lo anterior aplicado a la presente cuestión, indica que el testador estaba en un perfecto derecho en fijar tal plazo de indivisión y ello obliga a los herederos —hijos—, a la indivisión de la finca —objeto hereditario— hasta que no se produjera el fatal hecho de la muerte de su esposa. Sobre todo cuando la finalidad de tal decisión era permitir la realización de unas obras de regadío en la finca en cuestión, que no podrían llevarse a cabo hasta que no se

consolidara la propiedad mediante la extinción del usufructo correspondiente a la esposa del testador, y que serviría para dar un trato igualitario en la distribución de los bienes hereditarios.

Planteamiento absolutamente lógico y que va en beneficio del aprovechamiento social y económico de la tierra, y que debiera dar por supuesto que el plazo de indivisión debe durar hasta el óbito antedicho.

Efectivamente ello es así aunque el artículo 400 CC determina la validez de un pacto de indivisión limitado a los diez años, con una prórroga convencional del referido plazo, y dentro de esta ampliación, como dentro de tal contraexcepción, ha de permitirse el establecimiento de un plazo dependiente de un hecho futuro y cierto –el óbito de una persona– como es el del presente caso, y sobre todo cuando ello tiende a un fin igualitario para todos los herederos, y para un fin de mejora económica de un rendimiento de una finca rústica, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el artículo 401 CC.

Pero es más, dicha posición está colateralmente admitida y establecida en la S de esta Sala de 12 de diciembre de 1958, en la que se plasma la existencia de una comunidad de bienes relictos impuesta por el testador, sin otra limitación que la establecida en el artículo 1051 CC. (**STS de 21 de diciembre de 2000; ha lugar.**)

HECHOS.—Dos de los seis hijos del causante promueven juicio voluntario de testamentaría para proceder a la partición hereditaria del caudal relicito dejado por su padre. A esta pretensión se oponen los otros cuatro hijos y la viuda del causante, alegando que el testador impuso la indivisión hereditaria hasta tanto se produjera la muerte de su esposa, por lo que solicitan del Juzgado que en su sentencia declare no haber lugar al inicio de las operaciones particionales. El Juzgado desestima esta pretensión y ordena la prosecución de la testamentaría. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y declara no haber lugar al inicio de las operaciones particionales hasta la muerte de la esposa del causante, siempre y cuando ésta se produzca dentro de los diez años siguientes a la muerte del causante, o en el período de prórroga convencional de este plazo, que funcionarán como límite máximo de la situación de indivisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 400 CC. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte apelante y declara la indivisibilidad de la herencia hasta la muerte de la esposa del testador. (*M. C. B.*)

84. Donación no colacionable. Tiene plena eficacia la escritura pública de donación de una finca, hecha con el carácter de donación no colacionable, al no haber sido contradicho por prueba en contrario el valor del documento.—Efectivamente, la segunda copia de la escritura notarial de 16 de octubre de 1970, que a su vez tiene fecha 13 de octubre de 1994, y que obra en autos de primera instancia a los folios 175 a 178, es un documento público en el que se reconoce que D. A. de M. R. otorga donación pura y simple, *inter vivos* e irrevocable y no colacionable, de la finca descrita en la parte expositiva de esta escritura; apareciendo como tal la finca objeto de la presente litis y como donatario la parte recurrente, D. J. de M. L.

Por ello nos encontramos ante un documento público cuya proyección hermenéutica tiene como características la de ser eficaz y vinculante para los

contratantes que intervienen en los mismos y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que hubieren hecho aquéllos en dicho instrumento.

Es cierto que la prueba documental no es superior a otras y su veracidad intrínseca puede ser desvirtuada por otra prueba en contrario (por todas la S de 2 de abril de 1990, que recoge otras similares); pero es que en el presente caso en la sentencia recurrida no se ha contradicho la escritura pública notarial en cuestión; sobre todo cuando dicho documento no ha sido impugnado y ni combatido por otras pruebas, con lo que queda incólume la presunción de eficacia de naturaleza *iuris tantum* que se establece en el artículo 1218 CC.

En conclusión, que hay que proclamar que la finca objeto de la presente contienda ha de estimarse como no colacionable al caudal relicito especificado.

El artículo 1036 CC concede al heredero-donatario un derecho *post-mortem* del causante que encuentra aplicación cuando los herederos forzosos discuten acerca de la herencia del donante.—En efecto, el éxito estimatorio alcanzado por el motivo anterior, hace ineludible el del actual, porque así se infiere del dato de no aplicabilidad del referido artículo 1036 CC que regula la dispensa de la colación, pues del documento público ya mencionado, el donante dispuso expresamente la donación no colacionable de la finca en cuestión. Y en este sentido es preciso tener en cuenta lo que dice la S de esta Sala de 15 de junio de 1929, cuando en ella se afirma que «sólo puede tener lugar la aplicación del artículo 1036 cuando se discuta por los herederos forzosos acerca de la herencia del donante, pero en modo alguno por este donante en su vida, porque eso equivaldría a solicitar la revocación de un acto que no es revocable por su propia naturaleza, es decir, que el artículo 1036 concede un derecho *post-mortem* y en modo alguno efectivo durante la vida del causante de la herencia».

Todo lo anterior significa la accesión a un requisito esencial para la apreciación de la figura de la colación, lo que unido a que la donación principal no ha sido tachada de inoficiosa, hace que se deba proclamar, como ya se ha dicho, el éxito del motivo en cuestión. (STS de 13 de diciembre de 2000; ha lugar.)

HECHOS.—Entre los herederos de un matrimonio se suscita contienda acerca de los bienes que integran el caudal relicito, por lo que algunos de ellos inician contra los otros un proceso para pedir la división y adjudicación de la herencia. El Juzgado de Primera Instancia excluye del caudal relicito una serie de bienes, lo que propicia que los demandados apelen ante la Audiencia Provincial que revoca parcialmente la sentencia de instancia reintegrando al caudal relicito algunos de los bienes excluidos de él por el Juzgado. Uno de los demandantes apelados interpone el recurso de casación por haberse incluido en el caudal relicito una finca que le fue donada en vida del causante con el carácter de donación no colacionable. El TS declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

85. Diferencias entre la colación y la imputación de donaciones.—Ante todo hay que partir del concepto de la colación, utilizado en el Código civil para el cálculo de la legítima en el artículo 819 y para la determinación, en consecuencia, de si existe inoficiosidad en las donaciones hechas por el causante (arts. 646 y 654), y más específicamente en los artículos 1035 y siguientes como operación particional. Como operación distinta ha de considerarse la imputación de las donaciones a la cuota del legitimario

previo cómputo con arreglo al artículo 818 CC para hallar dicha cuota (art. 819 CC). Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino la de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más. En suma, la colación se refiere a la cuenta de participación de heredero forzoso en la herencia.

Colación de los gastos para una carrera profesional y de los regalos de boda.—La testadora, en la cláusula transcrita del testamento, antes referenciado, hace referencia a dos atribuciones a título gratuito; los gastos para una carrera profesional (de magisterio en el presente caso) y los regalos de boda (el «ajuar, cuando se casó», dice el testamento). La primera, según el artículo 1042 CC no es colacionable «sino cuando el padre (la madre en el presente caso) lo disponga», en cuyo caso se calculará el mayor gasto de tal carrera profesional, respecto a si se hubiera limitado a vivir en la casa de sus padres, como dispone su último inciso. La segunda sí es colacionable y el artículo 1044 CC le da un trato de favor a efectos, exclusivamente, de reducción por inoficiosidad. (STS de 15 de febrero de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La causante declaró que nada dejaba por testamento a una de sus hijas, por haberle dado en vida sobradamente, gastando en ella, en estudios y colegios, y en ajuar, cuando se casó. La demandante promovió un juicio de menor cuantía frente a los coherederos de su madre, solicitando que se declarase que no estaba obligada a colacionar las donaciones recibidas de la causante, así como la nulidad de los testamentos otorgados por ésta, de la partición y de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad a consecuencia de dichas disposiciones de voluntad. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial dieron la razón a la demandante, pero el TS dio lugar al recurso de casación desestimando la demanda. (L. F. R. S.)

86. El cálculo del porcentaje del veinticinco por ciento que ha de realizarse en la rescisión por lesión de la partición hereditaria ha de hacerse sobre el monto total del as hereditario.—Si los herederos llamados con carácter universal son los cuatro hijos del causante, que lo serán por iguales partes, esta igualdad en la atribución adjudicatoria será el signo de referencia a lo que tiene derecho *ab initio*, y sobre cuya proporción se habilitará el cauce, en cierto modo de desigualdad que permite el citado artículo 1074 CC. Quiere decirse, pues, que si a cada heredero en razón de ese as de 892.219.626 pesetas, le debe corresponder la cuarta parte en teoría o cuota ideal, es decir 223.054.906 ptas.— será sobre esta cifra —de igualdad teórica vía testamentaria— sobre la que se calibrará si la cuota real asignada a la actora/apelante le lesiona o perjudica en más de la cuarta parte. Y aquí el cálculo puede hacerse por dos vías: o bien como señala acertadamente, entre otras, el motivo y la S de esta Sala de 24 de noviembre de 1960, comprobando «si lo realmente adjudicado a ese heredero alcanza a cubrir el *quantum* de las tres cuartas partes de lo que le correspondería percibir, y se agrega, porque de este modo se ha percibido por encima de esos tres cuartos, es claro que la diferencia hasta los tres cuartos —cuota ideal— no rebasa el tope de la cuarta parte del perjuicio relevante. O bien, la otra vía de que si la cuarta parte de cada cuota ideal —que es la misma— de pesetas 223.054.906, asciende a pesetas 55.736.726, todo lo que se

asigne en la cuota real que no exceda de esta suma sería relevante para la rescisión por lesión. Y es claro que, por una vía u otra, la actora/apelante, según lo realmente percibido, no ha sufrido una lesión superior a la reseñada. En efecto, a doña Carmen le corresponde, cuota ideal, 223.054.906 y se le entregan 177.892.455. Diferencia en menos 45.162.451, inferior, pues a 55.763,726 (1/4 perjuicio legal).

El cálculo no se realiza sobre el valor de los bienes adjudicados al heredero que ha salido más beneficiado.—Desechando por lo razonado que en la determinación de esa cuarta parte tenga que contemplarse el monto de la cuota real más beneficiada (—en el caso de autos sobresale una demasía—, por otro lado, casi, tácitamente propiciada por el testamento descrito, por el reconocimiento prevalente del recurrente según voluntad del *de cuius*) que, se repite, no lo permite la hermenéutica del artículo 1074 CC, ha de subrayarse dos asertos: el primero, la permisividad legal de esos desajustes o desigualdades a que se hizo mención, y, en segundo lugar, lo que se cohonesta con el cometido nomofiláctico de la casación, que la solución prevalente, según lo expuesto, aunque margine, sin duda, atributos de justicia material, respeta la sanción normativa que, pese a su posible conformación propiciadora de repartos no equitativos, en cuanto es sanción *de lege data*, ha de acatarse por los Tribunales, y, sin perjuicio de que pese a ello esta Sala recuerde la normativa en cierto modo paliativa o correctora de lo así acontecido inmersa en los artículos 1061 y 1078. (STS de 8 de marzo de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En la partición realizada por contador-partidor testamentario, resultaron muy desiguales las valoraciones de los bienes adjudicados a los cuatro hijos del causante, instituidos herederos por partes iguales, pues el más perjudicado recibió bienes por valor de ciento setenta y siete millones de pesetas, mientras que el más beneficiado recibió bienes por valor de doscientos noventa y nueve millones de pesetas. Las dos herederas más perjudicadas demandaron a sus dos hermanos y al contador-partidor en acción de rescisión de la partición y otras peticiones. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por una de las demandantes, dando lugar a la rescisión de la partición. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los demandados y recurrente, al estimar que el porcentaje para calcular la lesión debe realizarse sobre la cuota ideal, es decir, la que resulta de dividir el total de la herencia por el número de herederos instituidos por partes iguales. (L. F. R. S.)

87. Posibilidad de instar un procedimiento declarativo para ejercitarse la oposición a las operaciones particionales en proyecto, como incidencia del juicio de testamentaría.—La oposición a las operaciones particionales en «proyecto» —así las denomina el art. 1083 de la Ley procesal— puede hacerse en el curso del juicio de testamentaría como concluye el artículo 1988 sin poner límite a las causas que puedan fundamentar el ejercicio de la acción y pretensiones que a su amparo se deduzcan —el art. 1073 CC es amplio en este sentido— anticipándose a que se dicte la resolución concluyente del juicio de testamentaría, juicio que, a falta de mayor precisión del artículo 1088 y lo impuesto por la práctica forense y conforme con la jurisprudencia, habrá de acoger como incidencia el declarativo impugnador suspendiendo, mientras

éste se tramita, su propio curso por incompatibilidad entre sus respectivos objetos hasta que este último se resuelva como incidencia del proceso universal en el que trascenderá la sentencia que en aquél se dicte sobre el fondo del debate con la eficacia de la cosa juzgada.

No es necesario que las operaciones particionales estén definitivamente concluidas para poder oponerse a las que se han realizado.—El Código, sin perjuicio de esta generalidad, establece una particularidad en su artículo 1074, complementado en el artículo 1076, y sin perjuicio de la especial y delicada situación que contempla el artículo 1089 de la ley procesal civil, para poder interesar la rescisión de la partición por lesión —con la salvedad que establece el art. 1075 de dicho Código— desde el momento mismo en que se hizo la partición —en tiempo de «cuatro años, contados desde que se hizo la partición»— sin que el citado artículo 1076 establezca, para así poder hacer en defensa de los intereses que de tal modo se estiman perjudicados, la necesidad de que se dicte el auto aprobatorio de las operaciones y concluyente del procedimiento universal.

La valoración del acervo hereditario ha de hacerse al tiempo de la partición, a efectos de la rescisión por lesión.—La averiguación de la lesión por la que se ha logrado la rescisión de la partición en litigio ha de lograrse reconstruyendo el acervo hereditario en su valor real a través del valor verdadero de los bienes que lo integran para desde él establecer la cuota de cada heredero en función del número de los mismos y la correspondencia a esos valores de los bienes con los que se componga la respectiva cuota, todo ello al momento o tiempo de la partición o lo que es igual, como dice aquel artículo 1074, al tiempo en que las cosas fueron adjudicadas y no al tiempo de fallecer el causante según especifican las SS de 16 de noviembre de 1955, 24 de noviembre de 1960 y 17 de enero de 1985, teniendo siempre presente la tendencia a conservar la partición hecha, como dice la S de 31 de mayo de 1980 y demás que la misma contiene. (STS de 27 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.—La viuda del causante promovió juicio declarativo con objeto de oponerse a la partición de la sociedad de gananciales efectuada por los contadores nombrados, como incidencia del juicio de testamentaría en que se había practicado esa partición, acción que fue desestimada por los tribunales. La viuda interpuso posteriormente una nueva demanda, solicitando la rescisión de las operaciones particionales realizadas y, consecuentemente, la práctica de unas nuevas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al apreciar que la demandante carecía de acción, por tener eficacia de cosa juzgada los pronunciamientos realizados en el procedimiento incidental que aquélla instó anteriormente. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declaró que no existía cosa juzgada y condenó a los demandados a proceder a realizar una nueva partición o indemnizar a la demandante. El TS rechazó el recurso de casación interpuesto por los demandados. (L. F. R. S.)

DERECHO MERCANTIL

88. Rescisión del contrato de distribución en exclusiva.—El contrato de distribución en exclusiva —supone en el concesionario una actuación inde-

pendiente organizando medios y captación de clientela para la venta, sin competidores, de producto o productos específicos dentro de un territorio determinado—, carente de toda regulación en nuestro ordenamiento, es posible desde la libertad de contratación que consagra, en límites concretos, el artículo 1255 CC, habiendo sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando sus caracteres y así la S de 15 de octubre de 1992, recogiendo otras precedentes, establece que a esa clase de contrato «nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo» y por lo mismo, respetando siempre los parámetros de la buena fe y de la equidad excluyente del abuso del derecho, cabe proceder a su rescisión por el concedente respetándose, como dice la S de 20 de enero de 2000, aquellos principios asentados en la mutua confianza evitando irrogar «perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte» difundiendo la venta de los productos de aquél.

Esa facultad rescisoria, para entenderse que es tal, ha de obedecer a iniciativa del concedente quien, por lo mismo, ha de asumir las consecuencias de la decisión que adopta, siendo distinto el régimen cuando el correspondiente resultado le venga impuesto sin remisión y en este sentido, que es el invocado por el recurrente en este primer motivo, no puede establecerse el efecto resolutivo prescindiendo de los orígenes determinantes de la rescisión con todos sus pormenores pues si bien es cierto que el distribuidor aquí recurrente ha quedado desprovisto de cualquier posibilidad para seguir manteniendo aquella exclusiva con la entidad recurrida, la situación a que así pasó fue negociada con su concedente, la multinacional indicada, expresando su voluntad en orden a la finalización para terminar aceptando ésta desde un beneficio propio en cuya determinación, dada su actual postura en litigio, no tuvo en cuenta posibles resultados ajenos.

Ahora bien, esa gestión rescisoria y las consecuencias a las que arrastró —sin olvidar que no pudo depender absolutamente de la voluntad del recurrente, como es inevitable deducir del hecho de que la indemnización que le fue concedida y finalmente aceptó sólo pudo responder a imposición de la voluntad rescisoria de su concedente de distribución, porque la suya de abandono no habría de reportarle resultados positivos— no aparece presidida por la mala fe y es consecuencia de una libertad negocial constreñida totalmente para el resultado tratado y en gran medida para los efectos de ese resultado, siendo este concreto y posible hacer el que ha de valorarse como dicen, además de las sentencias ya reseñadas, las de 27 de mayo de 1993 y 16 y 17 de octubre de 1995 y en ese sentido ha de tomarse la situación objeto de litigio, siquiera no puede servirle de fundamento la invocación de los artículos 1116 y 1272 CC que nada han tenido que ver con el contrato que nos ocupa.

Aplicación analógica de la Ley de contrato de agencia.—Se ha dejado constancia anteriormente de la postura mantenida por la jurisprudencia en orden a la extinción o resolución unilateral de este tipo de contrato que nos ocupa cuando no se ha pactado su duración y a las consecuencias que de ello puedan derivarse, contándose como esencial la que hace referencia a la indemnización de daños y perjuicios que puedan originarse en aquel final unilateralmente decidido a falta de un tiempo para el que haya sido previsto, porque esta imprevisión no supone perpetuidad, y es en aras de aquella posibilidad rescisoria que únicamente cabría establecer una obligación reparatoria para la contraparte cuando la decisión finalizadora se adopte maliciosamente

o en claro abuso o, simplemente, sin motivo alguno y es en este sentido que, a falta de regulación específica, la consignada S de 20 de enero de 2000 lleva la aplicación analógica al contrato de distribución en exclusiva de las disposiciones que, en punto a indemnización, contiene la Ley de contrato de agencia de 27 de mayo de 1992 –la identidad de razón entre ambas figuras aparece clara desde las posibilidades de las partes para la extinción del contrato de duración indefinida, y desde la necesidad de establecer qué aportación o aumento realizados por el concesionario beneficie de futuro a su concedente, con más de cuento derive en menoscabo por la cesación de la actividad– o las que resulten de la aplicación del artículo 1101 CC en relación con su artículo 1106. (STS de 30 de octubre de 2000; no ha lugar.)

HECHOS.– La multinacional *Wander España S.A.* había confiado a la recurrente, *Grupo Prac, S.A.*, la distribución en exclusiva para toda España de la bebida de su producción ISOSTAR y esta distribuidora concede igual facultad sobre el mismo producto, sólo para la provincia de Vizcaya, a la entidad demandada reconviniente, *Álvaro Basarrate, S.A.*, desde el año 1986. En el año 1992 se resuelve el convenio entre *Wander España, S.A.* y *Grupo Prac, S.A.*, admitiendo esta última, en su escrito de recurso, que a causa de esa resolución recibió de su concedente una indemnización de cien millones de pesetas y a consecuencia de esta nueva situación aquella distribuidora y aquí recurrente comunica a la recurrida *Álvaro Basarrate, S.A.*, por medio de carta fechada el 16 de marzo de 1992, la extinción de la relación establecida entre ambas, da por finalizado el contrato de distribución provincial que les unía, y le señala a su oponente quién es el nuevo distribuidor exclusivo de aquel producto, dándole señas y teléfono. Esto lleva a *Álvaro Basarrate, S.A.* a reclamar la correspondiente indemnización en base, según expresa en su escrito de impugnación de recurso, de los cien millones de pesetas que recibió *Grupo Prac, S.A.* como reconocimiento del perjuicio que le causaba la resolución de su contrato con la multinacional reseñada, sin haber tenido en consideración los intereses de sus propios distribuidores. (O.M.B.)

89. Cooperativas. Carácter o no de comerciante a los efectos de la prescripción trienal regulada en el artículo 1967.4.^a CC.–No es una cuestión pacífica en la doctrina la calificación de las cooperativas como comerciantes. La tesis contraria a dicha calificación se apoya en la ausencia de ánimo de lucro en la actividad de las mismas, y en que el beneficio no se produce en ella sino, por el contrario, en el socio. Por el contrario, la tesis partidaria del reconocimiento a las cooperativas del carácter de empresarios sociales, entiende que la mercantilidad de un ente social no debe obtenerse «*con los viejos criterios de ánimo de lucro de la realización habitual de actos de comercio, sino en el concepto de empresa, en cuanto se trata de un empresario social que ejerce una actividad económica con una organización y en nombre propio...*

Establecido el carácter mercantil de las cooperativas, y su calificación como empresarios sociales, es preciso determinar si, siendo ambos pues *mercaderes*, vendedor y comprador se dedican «...a distinto tráfico» (art. 1967. 4.^a CC), para que opere la prescripción trienal. Puesto que nos encontramos ante una compra de una Cooperativa a uno de sus socios, en concreto, una sociedad anónima, de pienso, se entiende que dicha compraventa «... se encuentra alejada del ánimo de lucro que exige para reputarse mercantil el artículo 325 CCO...» [FD. 2.^º]. Además, los géneros vendidos, en este caso piensos, no son los mismos que la compradora suministra a terceros, ya que la misma se dedicaba a la venta de aves para consumo. Así pues, la ausencia de ánimo de lucrarse de la venta así como la exclusión del carácter mercantil de la misma, al tratarse de consumo personal o de empresa, nos lleva a la calificación de la misma como compraventa civil, y por consiguiente a la aplicación del artículo 1967.4.^a CC, excluyendo el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC. (STS de 30 de octubre de 2000.)

HECHOS.—La empresa *Avícola N. S. P., S.A.*, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra la *Sociedad Cooperativa Ganadera AVICON*, de la que era socio, sobre reclamación de cantidad, solicitando que se condenara a la demandada al pago de la suma de 3.969.434 pesetas. Admitida a trámite la demanda, la parte demandada contestó a la demanda solicitando que se declare su absolución por compensación de los respectivos créditos que recíprocamente poseían ambos litigantes, permaneciendo vigente el crédito de la demandada sobre el exceso de la cantidad compensada, y formuló demanda reconvencional suplicando se condenara a la entidad *Avícola N. S. P., S.A.*, al pago de dicho exceso en la cantidad compensada, en concreto, la cantidad de 2.809.351 pesetas. En primera instancia, se estimó íntegramente la demanda interpuesta por la empresa *Avícola N. S. P., S.A.*, y se condenó a la *Cooperativa AVICON* al pago de la suma de 3.969.434 pesetas. Se entendió que se había producido la prescripción de acción de la *Cooperativa AVICON* para la reclamación del mismo, y que, por tanto, no cabía compensación alguna. Interpuesto recurso de apelación contra la misma, la Audiencia Provincial, estimó el mismo, condenando a *Avícola N. S. P., S.A.*, al pago de 2.809.351 pesetas, más los intereses del 12 por 100 anual de dicha cantidad. La parte condenada interpuso recurso de casación por infracción del artículo 1967.4.^a CC, al no haberse estimado en grado de apelación la prescripción de la acción ejercitada por vía reconvenicional por la *Cooperativa AVICON*.

NOTA.—El TS se plantea en este supuesto el carácter mercantil o no, tanto de una cooperativa, como de la compraventa efectuada por la misma con uno de sus socios, en este caso una sociedad anónima, a los efectos de la aplicación del plazo de prescripción trienal del artículo 1967.4.^a CC. Dicho precepto procede del Código civil francés, y su finalidad era favorecer a los consumidores en el comercio minorista. La exigencia de que ambos, vendedor y comprador, sean comerciantes, y siéndolo, se dediquen a distinto tráfico, procede del Derecho holandés, y pretende que no se trafique con las mercancías compradas. En la presente sentencia el TS se pronuncia a favor del carácter mercantil de las cooperativas, reiterando su doc-

trina ya contenida en su S de 24 de enero de 1990. Dicha calificación se apoya en el carácter empresarial de las mismas, por lo que a las mismas alcanzan «muchas disposiciones que el legislador autonómico tiene que respetar de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.6.º CE» [FD 2.º]. Por tanto, a las cooperativas en la medida en que ejerce su actividad económica con una organización propia de una empresa mercantil, pueden ser calificadas como empresarios sociales.

Por lo que al carácter mercantil o no de la venta, el TS ha reiterado en diversas ocasiones, que al supuesto de venta de bienes muebles por parte de un vendedor comerciante a otro que se dedique a tráfico distinto de aquel, la aplicación del plazo del lapso prescriptivo de tres años del artículo 1967.4.º CC, por entenderse el mismo excluido del ámbito mercantil, según lo dispuesto en el artículo 325 CCO, ya que si por el contrario se calificara de mercantil la venta correspondería de manera supletoria la aplicación del plazo genérico de quince años del artículo 1964 CC (*vid. entre otras SSTS de 14 de mayo de 1969, 30 de mayo de 1979, 12 de diciembre de 1983 y 30 de noviembre de 1988*). (R. D. O.)

90. Suspensión de pagos. Voto particular.—Todo procedimiento de suspensión de pagos está presidido por dos principios esenciales, como son el de la «universalidad» al afectar al derecho de todos los acreedores del deudor suspendido en pagos por tener un interés común en la base del mismo; así como el de la «unidad» por el que se impide que individualmente puedan los acreedores perseguir tales bienes, colocándose en situación distinta de la que legalmente les corresponde. Todo lo cual desemboca directamente en el principio *par conditio creditorum*, por el cual todos los acreedores afectados por dicho principio están supeditados a lo dispuesto en el convenio que se apruebe entre el deudor y los acreedores.

Por todo ello, el artículo 11 de la Ley de suspensión de pagos establece para la salvaguarda de dichos principios la verificación jurisdiccional de los créditos. Pero antes de llegar a la misma, el acreedor podrá solicitar al Juez de la suspensión de pagos la inclusión, la exclusión, el aumento o la reducción del crédito incluido en la lista de acreedores, o la modificación de la calificación jurídica del crédito; y si así no actúa no puede dicho acreedor ejercitar su pretensión en juicio declarativo.

Y este ejercicio jurisdiccional proclamado en el artículo 12 de la Ley de suspensión de pagos es el que pretendió la parte actora en este caso, pero no puede tener éxito su pretensión de cobro de crédito cambial, desde el instante mismo que en la suspensión de pagos declarada con respecto a la firma *Ercros, S.A.*, aparece incluida en la lista definitiva no impugnada de acreedores, la entidad *F. F. Investment Corp., S.A.*, por un crédito de 1.753.800.000 pesetas, así como el recurrido por un crédito de 24.000.000 de pesetas, que diferenciaba su crédito de la antedicha firma libradora de las letras de cambio. De este modo, al no haber habido tal impugnación, no puede haber base para la pretensión de cobro antedicha, ya que, de otra manera, se infringiría el esencial principio de los juicios de suspensión de pagos *par conditio creditorum*.

Además, hay que añadir que al no haber existido el traspaso de los cambiales —títulos de la pretensión— a *Ertol S.A.*, se elude totalmente con dicho evento la no observancia de lo dispuesto en los artículos 1205 y 1911 CC que

deben tener ahora actual vigencia, pues en la segregación social –que es el caso– no hay cambio de deudor ni disminución del patrimonio –deudor y patrimonio configurados absolutamente en la firma *Ercros S.A.*–, sino únicamente una modificación de la composición del patrimonio social.

En cuanto al *voto particular*, el Magistrado Francisco Marín Castán no comparte la interpretación de la escritura pública de constitución de *Ertoil S.A.* en orden a que especificara exhaustivamente todo el pasivo asumido por esta entidad o a que de dicha escritura se desprenda que las letras no le habían sido traspasadas. Por todo ello, estima el citado Magistrado que debiera haberse desestimado el recurso presentado por *Ertoil S.A.*, ya que ninguno de los motivos que alega puede prosperar.

Los fundados en infracción de los artículos 11 y 12 de la Ley de suspensión de pagos y del artículo 7.1 CC, porque al margen del mayor o menor acierto de la sentencia impugnada en la invocación de aquéllos, lo cierto es que la suspensión de pagos de un codeudor solidario no impide al acreedor reclamar la íntegra satisfacción de su crédito a cualquier otro codeudor solidario, como con toda evidencia resulta del artículo 1144 CC y sin perjuicio de los efectos que entre codeudores pueda producir el convenio de la suspensión de pagos a tenor del artículo 1146 CC.

A tal efecto, ya declaró el mismo TS en su S de 27 de enero de 1989, que el tenedor legítimo de la letra puede exigir su pago íntegro a cualquiera de los obligados, sin que el demandado pueda oponer la suspensión de pagos de otro obligado solidario con base en el convenio alcanzado, porque esto quebrantaría el principio de relatividad de los contratos consagrado en el artículo 1257 CC.

Además, si alguna conducta contraria a la buena fe cabe apreciar en el supuesto examinado, ésta no puede ser otra que la de la propia recurrente, que al obtener unos muy sustanciosos beneficios fiscales presentando la operación como una fusión de empresas, ejecutó un verdadero «acto propio» del que luego no puede desentenderse para eludir parte del pasivo correspondiente a la actividad empresarial asumida «en bloque» so pena de quebrantar el orden jurídico hasta tal extremo que se pueda considerar amparado por la ley un doble beneficio: el obtenido a costa del erario público más el logrado a costa de los legítimos acreedores o terceros ajenos a la operación. En suma, por más frecuente que en la jurisprudencia del TS sea la separación entre aspectos jurídico-privados y aspectos fiscales o tributarios al pronunciarse sobre una relación eminentemente jurídico-privada, tal separación no puede llegar al punto de considerar irrelevante la pública aparición y autopresentación de una nueva y gran empresa del sector de los carburantes como responsable frente a terceros de deudas incorporadas a un documento mercantil tan riguroso como la letra de cambio, a menos que el ordenamiento jurídico se quiera fragmentar en tantos compartimentos estancos cuantos convengan al interés de una sola de las partes, en este caso la recurrente.

En cuanto al motivo fundado en la infracción del artículo 1205 CC, su desestimación se impone también con toda evidencia al margen de la mayor o menor fortuna de los razonamientos de la sentencia impugnada, pues las expresiones acerca de si las letras se traspasaron o no, solamente pueden entenderse en el sentido de que, dados los propios términos de la operación societaria, en cualquier caso *Ertoil S.A.* tenía que pagar su importe por haber asumido todo el pasivo de la actividad escindida.

Y en cuanto al motivo fundado en infracción de los artículos 142 LSA de 1951 y 253 y 254 de la LSA-TR de 1989, en relación con los artículos 2.3,

3.1 y 4.1 CC, su desestimación se impone porque los términos de todos los acuerdos societarios, unidos a la absoluta falta de detalle del balance de escisión, sólo permiten concluir que, aun no siendo aplicable al caso el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, sí lo eran, en cambio, los compromisos libremente contraídos entre *Ercros S.A.* y *Ertoil S.A.* y la forma en que públicamente decidieron presentarlos, compromisos equivalentes en la práctica a los de una escisión en sentido propio.

Por todo ello, estima el Magistrado firmante del voto particular que acabamos de resumir, que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por *Ertoil S.A.*, debiendo por el contrario estimarse el presentado por *Ercros S.A.* (**STS de 5 de marzo de 2001**; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Madrid, conoció el juicio de menor cuantía núm. 201/94, sobre reclamación de cantidad, sustanciado frente a *Ercros S.A.* y *Ertoil S.A.* Admitida a trámite la demanda, el Juzgado dictó sentencia con fecha 8 de mayo de 1995, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la entidad demandada *Ertoil S.A.*, condenando a *Ercros S.A.* Contra tal resolución, el actor interpuso recurso de apelación que fue resuelto con fecha 25 de noviembre de 1997 por la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de forma estimatoria. Finalmente, *Ercros S.A.* presentó recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: primero.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los principios de universalidad y de la *par conditio creditorum* que rigen los procesos concursales de suspensión de pagos; segundo.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa a la doctrina de los actos propios o prohibición de venir contra los propios actos; tercero.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción, por inaplicación, de los artículos 1140 y 1146 CC; cuarto.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 9.4 y 12 de la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922; quinto.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción, por violación, del artículo 12.2 de la Ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del TS relativas a la cuestión citada.

Por su parte, *Ertoil S.A.* presentó recurso de casación con apoyo procesal en los siguientes motivos: primero.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción por violación y no aplicación de los artículos 11 y 12 de la Ley de suspensión de pagos y de la jurisprudencia interpretativa de los mismos; segundo.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción, por inaplicación, de lo dispuesto en el artículo 7.1 CC, así como de la jurisprudencia relativa al mismo; tercero.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 142 de la Ley de sociedades anónimas de 1951 y por aplicación indebida e incorrecta de los artículos 253 y 254 del vigente Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989, en relación con los artículos 2.3, 3.1 y 4.1 CC; cuarto.—Al amparo del artículo 1692.4.^º LEC, se denuncia la infrac-

ción, por aplicación incorrecta, de los artículos 1205 CC, 242 y 243 –en relación con el 254– del Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas de 22 de diciembre de 1989 y del artículo 145 de la Ley de sociedades anónimas de 1951. (J. L. B.)

DERECHO PROCESAL

91. El artículo 1225 CC es aplicable a los documentos privados.—El artículo 1225 CC ataña a los documentos privados, no a sus copias o fotocopias, conforme, además, resulta de la exigencia que establece el artículo 602 LEC antigua, en orden a la presentación mediante originales de los documentos privados.

Valor probatorio de las fotocopias no adveradas.—El TS ha tenido ocasión de reiterar que las fotocopias no adveradas, ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto a su contenido; ello sin perjuicio de que en determinados casos se conceda, por aceptación de ambas partes y adveración de las mismas, eficacia probatoria a una fotocopia. De darle valor de prueba a una fotocopia siempre susceptible de manipulación y, como ocurre en este caso, sólo adverada por las personas que de ella salen beneficiadas, se generaría una situación de verdadera indefensión que no puede ser amparada por las actuaciones judiciales.

Valoración de los documentos privados por el juzgador de instancia.—También es doctrina jurisprudencial que la Sala de instancia, en uso de su soberanía en la apreciación de la prueba, puede valorar los documentos privados no reconocidos, en unión de otros elementos de juicio que se infieran de lo actuado. Debe quedar firmemente establecido que la valoración que de copias o fotocopias se haga en relación con otros elementos probatorios es campo reservado al juzgador de instancia. (STS de 22 de enero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El litigio de que trae causa esta sentencia se centra en el valor probatorio que se deba otorgar a la fotocopia del documento privado que supuestamente vincula a los señores R. L., M. C. y A. F., entre los que al parecer (tal como reclama que se declare el señor A. F.) existía una sociedad irregular. Del documento mencionado deriva la existencia de deudas entre las partes, como consecuencia de las nivelaciones de las aportaciones de los socios: así, M. C. resultaría deudor de A. F. por la cantidad de 800.000 pesetas, R. L. deudor de A. F. por 10.000.000 de pesetas y también deudor de M. C. por 3.400.000. En primera instancia A. F. demanda a R. L. y M. C. exigiéndoles la cantidad adeudada y a su vez, R. L. demanda a M. C. con similar exigencia; todo ello sobre la base del documento antes aludido. R. L. no reconoce haber firmado el documento y alega que ha sido manipulado, mientras que M. C. si lo reconoce (aunque debemos recordar, tal como hace la sentencia que tal reconocimiento le beneficia, puesto que le reconoce un crédito mayor a la deuda que en virtud de tal documento debe asumir). (M. C. P. A.)

92. Vía de hecho de la Administración.—El Ayuntamiento de Peñíscola expropió y pagó 7.950 metros cuadrados de una finca propiedad de la parte recurrente, y sin embargo inmatriculó en el Registro de la Propiedad dos fincas registrales con una cabida total de 12.142 metros cuadrados, lo que perjudicaba a la parte recurrida, al otorgar una titularidad sobre una extensión superior y que afectaba al resto de la finca que seguía en poder de la parte expropiada.

En conclusión, dicho Ayuntamiento como entidad administrativa ha incurrido en lo que jurisprudencial y doctrinalmente se conoce como «vías de hecho», que aparece perfectamente definida en la STS de 8 de junio de 1993, que se basa en la de 18 de julio de 1991, como «aquella actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la concreta actuación, que se produce no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite». Lo que supone que «las –vías de hecho– aparejan como principal efecto las pérdidas de las prerrogativas administrativas, especialmente las procesales, colocando a la Administración en paridad de posición frente al particular, como administrado agraviado; en definitiva remite las cuestiones contenciosas a la jurisdicción civil u ordinaria por medio de los procesos comunes».

En este caso, la parte recurrente inmatriculó a su nombre terrenos de la parte recurrida en una superficie superior a la que tenía derecho según resolución firme de la jurisdicción contencioso-administrativa en el oportuno expediente de expropiación forzosa; y con base a tal extralimitación incurrió en «vías de hecho» perdiendo su aforamiento jurisdiccional —el contencioso administrativo— y entrando de lleno en el área del orden jurisdiccional civil, que es la que debe resolver la cuestión planteada.

Señalar por último que el pleito analizado se planteó y agotó antes de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998 y, por lo tanto, de lo dispuesto en su artículo 30. (**STS de 14 de febrero de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vinaroz, conoció el juicio de menor cuantía núm. 149/90, sobre acción reivindicatoria de dominio y nulidad de la inscripción registral, seguido contra el Ayuntamiento de Peñíscola. Admitida a trámite la demanda, se contestó a la misma, suplicando se acordase el sobreseimiento y archivo del procedimiento, con expresa condena en costas a la parte actora. Con fecha 20 de mayo de 1993, el Juzgado dictó sentencia absolviendo al demandado, razón por la cual la parte actora interpuso recurso de apelación, que fue resuelto de forma estimatoria por S de 22 de diciembre de 1995, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón. Finalmente, el Ayuntamiento de Peñíscola presentó escrito de formalización de recurso de casación ante el TS, con apoyo procesal, como motivo único, en el abuso en el ejercicio de la jurisdicción consagrado en el artículo 1692.1 LEC. (*J. L. B.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LV, 2002

FASCÍCULO II abril-junio

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «La recepción de la obra en el Código civil y en la Ley de ordenación de la edificación»	413
Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ: «Acerca del derecho de abstención de los créditos tributarios en el convenio de la quiebra de la sociedad anónima»	627
José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE: «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa»	641
Covadonga MARTÍNEZ DE BEDOYA: «Estudio teórico y práctico del usufructo de participaciones de fondos de inversión acumulativos» .	659
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Marta REQUEJO ISIDRO	711
Bibliografía	
NOTA CRÍTICA	
GARCÍA CARRASCO, Consuelo: «Supuestos de hecho de la <i>exceptio non numeratae pecuniae</i> en el Derecho romano», por María del Pilar Pérez Álvarez	737
LIBROS	
MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa: «El euro. Paridad, continuidad, conversión y redondeo», por Carlos Javier Vattier Lagarrigue	751
RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: «Servidumbre y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia», por Azahara Rodrigo Alarcón	759
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ, Montserrat VERGÉS VALL-LLOVERA	763

FASCÍCULO II
abril-junio

Pág.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS COMENTADAS

- Enrique RAMOS CHAPARRO: «Incapacidad de obrar y accionar personalísimas de estado. (A propósito de la STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre)» 809

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Javier LARENA BELLARRAIN, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Óscar MONJE BALMASEDA, María del Carmen PLANAS ARNALDOS, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ 823

