

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVI, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2003



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

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

Secretario
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Coordinación
NIEVES FENOY PICÓN

Consejo de Redacción

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

En este número han colaborado en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera,
Máximo Juan Pérez García y Beatriz Fernández Gregoraci.

SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Juan B. VALLET DE GOYTISOLO: «El sistema estructural y funcionalmente considerado»	5
Antoni VAQUER ALOY: «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio»	67
Pablo DE LORA: «¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones "supernumerarios"»	101
Juan José GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO: «Duraciones procesales en los Tribunales civiles»	139

Estudios jurisprudenciales

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica»	167
--	-----

Bibliografía

LIBROS

DANOVI, Remo: «Essais sur la déontologie», por M. ^a Sara Rodríguez Pinto	231
OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: «Direito Civil. Teoria Geral», por Luis Humberto Clavería Gosálbez	232
PARRA LUCÁN, M. ^a Ángeles: «Vías pecuarias y propiedad privada», por M. ^a Elena Sánchez Jordán	235
RUDA GONZÁLEZ, Albert: «El contrato de cesión de suelo por obra», por Beatriz Fernández Gregoraci	239
SANTOS MORÓN, María José: «El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000», por José Manuel de Torres Perea	244
VV. AA.: «Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century. An Agenda for Strengthening Marriage», por Regina Gaya Sicilia	251

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	257
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Marina PÉREZ MONGE: «Préstamo usuario y garantía hipotecaria. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001)»	295
--	-----

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA	317
--	-----

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral.

Precio de suscripción: 65,00 € (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.: 902 365 303

Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVI, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2003

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2003

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

ISSN: 0210-310X
NIPO (BOE): 007-03-033-7
NIPO (M. de Justicia): 051-03-018-5
Depósito legal: M-125-1958

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

El sistema estructural y funcionalmente considerado

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

I. DIVERSAS PERSPECTIVAS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LO QUE JURÍDICAMENTE SE ENTIENDE POR SISTEMA

El Diccionario de la Real Academia de Jurisprudencia muestra tres significados de la palabra *sistema*: 1. «Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí». 2. «Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto». 3. «*Biol.* Conjunto de órganos que intervienen en alguna de las principales funciones vegetativas». Y, a continuación, enumera los sistemas: nervioso, acusatorio, estático, cegesimal, inquisitivo, métrico decimal, periódico, planetario, solar.

Como se ve, el ámbito de significados es muy amplio y se halla abierto a toda clase de materias, desde las matemáticas a la biología y a la astronomía. Nos muestra también que esos sistemas pueden ser *estáticos*, referidos a cosas ordenadas y relacionadas entre sí para determinado objeto; y *dinámicos*, que implican movimientos coordinados de más diversos tipos: biológicos, planetarios, judiciales, metódicos referidos al conocimiento de cualquier ciencia o al ejercicio de cualesquiera artes y técnicas.

Consecuentemente, cabe referir la palabra sistema a la ciencia y a las artes jurídicas. El Diccionario si —como acabamos de ver— recoge como primer significado de la palabra sistema: «Conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí». Por lo tanto, ese significado cabe extenderlo al conjunto de leyes o princi-

pios, o de principios y leyes girando en torno a aquéllos, o al revés, en una concepción positivista legalista, de leyes de las que se trata de inducir sus principios, relacionados entre sí, sobre la materia jurídica. En ese sentido, se habla de ordenamiento jurídico en diversos significados ¹ que comprenden desde el orden universal de todas las cosas como *ordinatio* referida al derecho, a la consideración del derecho positivo como unidad lógica y, aún más restrictivamente, a un conjunto determinado de leyes de un país dado. Federico de Castro ² considera, más restrictivamente, que *sistema jurídico* es la «construcción teórica instrumental del ordenamiento», en la concepción que fue vulgarizada por Jhering.

Ciertamente, este autor ³ parte de que «el sistema en materia de derecho, como en cualquier otra rama científica, no puede consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que éste se deduce del fondo mismo del objeto» ⁴. Éste en cada derecho interno ha de ser individualmente considerado, «Quien dice sistema dice ordenación interna de la cosa misma. Todo sistema es, pues, perfectamente individual y cada derecho tiene su sistema propio que no conviene a los otros».

El procedimiento sistemático «ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al cual se aplica, operándose por su medio una transformación interna con las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de su forma de prohibiciones y mandatos para revestirla de elementos y cualidades de las instituciones jurídicas. Así es como nacen, por ejemplo, las definiciones de los principios generales, los

¹ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, II *Elaboración sistemática* 74, vol. I, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2002, pp. 337-342.

² Federico de CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, vol. I, primera parte, cap. I, 1, IV, p. 63.

³ Rudolf VON JHERING, *El espíritu del derecho romano*, Introducción, § 4, ed. cit., vol. I, pp. 50 ss.

⁴ Advirtamos que JHERING páginas antes, pp. 38 ss., explica que el derecho, «como creación real objetiva, tal como se nos manifiesta en la forma y en el movimiento de la vida y del comercio exterior, puede ser considerado como un organismo, y en este grado lo debemos colocar para hacer de él nuestro completo estudio». En «su estructura», el conocimiento en todos los pueblos de su organización «ha sido largo y penoso de adquirir». El «fruto de esta actividad aplicada al conocimiento jurídico» es doble. De una parte, expresar «ese fruto» de la actividad de adquirir el «conocimiento jurídico»; y de otra, «formular el derecho», que, «en parte, es la obra del pueblo, que traduce bajo forma de adagios las leyes que ha encontrado en la práctica; en parte también la obra del legislador, que expresa y sanciona el derecho que existe ya bajo el sentimiento o derecho consuetudinario; y, finalmente, de la doctrina y de la práctica, que estudian y dan a conocer las disposiciones y consecuencias del derecho vigente. Combinada esta triple acción, se logra el conocimiento del derecho, y queda regido por la regla indicada antes, de que se adquiera poco a poco la indagación de la naturaleza íntima de las cosas, que al principio se perciben sólo superficialmente».

hechos constitutivos de los actos jurídicos, las cualidades de las personas, de las cosas, de los derechos, y las divisiones de toda especie, etc. El hombre profano, habituado a representársele una regla legal bajo una forma imperativa, no puede comprender, cómo una parte del sistema jurídico puede despojarse enteramente de este aspecto, y, menos aún de las definiciones, las divisiones, etc., en una palabra, la lógica dogmática encierra una importancia práctica más intensa que las reglas usuales. Esta lógica del derecho es, en cierto modo, la flor y esencia, el precipitado de las reglas del derecho; una sola definición bien hecha puede comprender el contenido práctico de diez reglas anteriores».

Como vemos, el sistema –según Jhering– debe ser elaborado partiendo de las reglas o normas de derecho legisladas, pero observándolo desde el fondo de la cosa misma del derecho, según hemos visto, que él lo entiende, y se desarrolla conceptualmente. Ambos aspectos se hallan en germen en Savigny que –como analizaremos después críticamente– considera el sistema jurídico de cada pueblo orgánicamente constituido por instituciones; pero, más adelante, dice que se obtiene observando que «la reunión de las fuentes constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho»⁵.

Partiendo estos dualismos para observar la aplicación del término sistema a la materia jurídica, podemos enfocarla en relación a los significados que el *Diccionario de la Lengua Española* atribuye a la palabra sistema en segundo y en tercer lugar.

El segundo –«conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto»– nos lleva a la primera aproximación de Savigny, en la cual considera que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que «solamente la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede darnos su completa inteligencia». Este segundo significado puede aplicarse a los intentos sistematizadores que los romanistas modernos basarían en los jurisconsultos romanos desde Mucius Scaevola a Gayo.

El tercer significado de la palabra sistema, según el *Diccionario* –«conjunto de órganos que intervienen en alguna de las funciones regulativas»–, vuelve a acercarnos a esa primera aproximación de Savigny al referirse a la naturaleza orgánica de las instituciones, que, en su conjunto armónico, tienen la función a la que el derecho está llamado a guiar –que no es sino la justa adecuación de todas

⁵ SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, §V, cfr. ed. en castellano, Madrid, Góngora, s./f., p. 67.

las cosas y hechos de la vida—, y nos conduce a dar al sistema la significación de funcionamiento ordenado para esta función de las instituciones que⁶ hemos denominado funcionales o dinámicas porque producen el tránsito de una situación inicial a otra situación final en la que se produce alguna variación respecto de aquella (v. gr., sucesión, transmisión, limitación, ampliación, extinción).

Las instituciones son cosas jurídicas captadas como elementos estructurales que son de la naturaleza de las cosas⁷ y que tienen como funciones las de inspirar al legislador en la formulación de sus reglas o normas⁸ y de guiar en su interpretación⁹. Siendo así, las instituciones son, ante todo, modelos para el legislador y la fundamental guía de los intérpretes para inteligir las normas legales y explicar jurídicamente los hechos. Savigny y Jhering lo vieron y, tal vez por eso, interpolaron el sistema de normas legales entre el sistema de instituciones y la realización práctica del derecho. Pero al hacerlo así se olvidaron de tomarse en serio algo que no debemos cansarnos de repetir: que como —en el texto con el cual los compiladores encabezaron el título del *Digesto* dedicado a las reglas de derecho— observa Paulo¹⁰: «*Non ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat*». Es decir, las cosas jurídicas —y el sistema que ellas forman— no crean las reglas o normas, sino que, a la inversa, del derecho —es decir del orden justo preexistente, mostrado en aquellas cosas o instituciones que forman el sistema—, se derivan las reglas, las normas y las leyes. Éste es un punto básico del método realista que vengo siguiendo en mis metodologías.

En suma, traduciendo jurídicamente los tres significados que el *Diccionario de la Lengua Española* ofrece de la palabra sistema, podemos decir que sistema jurídico puede significar:

1. El conjunto de principios y reglas o normas sobre materia de derecho enlazados entre sí (*ordinatio* u ordenamiento, empleando esta segunda palabra en el pleno significado de la primera).

2. El conjunto de instituciones que, relacionadas entre sí, contribuyen a mostrar el derecho de un determinado pueblo (sistema jurídico estructural).

⁶ Cfr. mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del Derecho II. Elaboración sistemática*, vol. I, 2, a, p. 17.

⁷ Cfr. *Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones*, I, A.D.C., IV-1, 2002, pp. 9 ss.

⁸ *Elaboración sistemática*, I, 107, pp. 551 ss.

⁹ *Las instituciones jurídicas*, IV, 3, pp. 52 ss.

¹⁰ PAULO, *Dig.*, 50, 12, 1.

3. El conjunto de organismos jurídicos por medio de los cuales se realizan las funciones jurídicas (sistema jurídico funcional o dinámico).

Pues bien –conforme una metodología realista–, el sistema estructural y el sistema funcional del derecho son previos y constituyen el fundamento de los sistemas de leyes o normas. Consecuentemente aquéllos sirven para inspirar, primero, y para entender, después, el último. Consecuentemente, no es procedente observar aquellos sistemas de instituciones, interpolando, en un recorrido de ida y vuelta, el sistema de normas legales, como después veremos hizo Savigny y –como hemos visto– agravó Jhering, aunque éste no solamente conocía el citado texto de Paulo, sino que lo cita y comprende, pues dice que el «precipitado de las reglas de derecho en un sistema no es una cuestión de gusto individual, ni resulta de la colocación científica de los materiales, sino que es obra del derecho mismo». Lo metódicamente realista es considerar que las reglas de derecho deben ser un precipitado del sistema de instituciones jurídicas.

2. SIGNIFICADO DE SISTEMA JURÍDICO SEGÚN LO ENTIENDEN LOS CIENTÍFICOS DEL DERECHO MODERNO

Ha escrito Claus-Wilhelm Canaris ¹¹ que «el significado de la idea de sistema en la jurisprudencia [entendida como ciencia del derecho] constituye uno de los más debatidos problemas de la metodología jurídica. En pocas controversias se mantienen aún hoy las opiniones tan tajantemente enfrentadas como en ésta. Mientras Sauer (*Juristische Methodenlehre*, 1940), por ejemplo, proclama enfáticamente que “sólo el sistema garantiza conocimiento, garantiza cultura. Sólo en el sistema cabe verdadero conocer, verdadera operatividad”, y H. J. Wolf dice que “la ciencia jurídica es sistemática o no es”, en cambio opina Enge (*Einführung in der Rechtsphilosophie*, 1955), con escéptica reserva, que “un sistema es siempre una atrevida empresa de la razón que, en su contenido, va demasiado lejos” –frase que está sólo a un pequeño paso de las famosas palabras de Nietzsche (*Gesamte Werke*, 1895-1912, vol. VIII),

¹¹ Claus-Hans CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, proemio, 2.ª ed., Berlin, Duncker und Humboldt 1983; cfr. en castellano, *El sistema en la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 17 s.

quien calificó la voluntad de sistema como una “falta de honestidad”, como “una enfermedad de carácter”».

Quince años después de que Canaris escribiera la citada segunda edición del libro que acabamos de citar, Francisco Cuenca Boy¹² mantiene y apoya las dudas acerca de la realidad y de la utilidad de la «idea» del sistema jurídico. Así lo muestra en los párrafos que a continuación extracto y transcribo.

«En íntima conexión con la idea de sistema, la legalidad se configura igualmente como uno de los caracteres esenciales del conocimiento científico, pues, en efecto, por detrás de la pluralidad y el desorden aparente de los fenómenos naturales o sociales, la ciencia aspira a descubrir las “leyes” que rigen la estructura y el proceso del ser y el devenir y construir con ellas el sistema. Seguramente podríamos concluir diciendo, sin temor a exagerar, que igual que los habitantes de Esmeralda, en la película “El Mago de Oz”, hicieron de unas gafas verdes el paradigma a través del cual se asomaban a su mundo (y lo veían, claro es, todo de color verde), así también el sistema ha llegado a convertirse en el paradigma de la ciencia, siendo la ciencia misma el paradigma del conocimiento.»

Esa idea de considerar el sistema como «a priori de la actividad de los juristas», le suscita «la sospecha de si los autores partidarios del sistema en el derecho no abandonarían de inmediato y con alivio sus especulaciones sobre diferentes tipos de sistemas y sobre las formas tan distintas de concebirlos, incluso cada uno de ellos en concreto, en el caso de que repentinamente se hiciera posible construir el sistema jurídico como sistema completo, unitario y lógicamente coherente»; y «bajo el prisma de esta sospecha, los conceptos tan dispares de sistema que la doctrina trabajosamente ha ido elaborando se asemejan a trincheras sucesivas, cada vez más reducidas respecto del ideal inicial, a las que ella misma se ha visto obligada a retirarse ante la evidencia del fracaso repetido de sus construcciones sistemáticas renovadas sin descanso». Cree Cuenca que, en ello, hay más bien «una sensación de abandono forzoso de posiciones conceptuales que no se han podido defender y, por debajo de todo, el deseo de querer seguir usando la palabra –sistema– de resonancias casi míticas y de implícita remisión a la unidad, coherencia y completud.

¹² FRANCISCO CUENCA BOY, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, 1 y 2, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1998, pp. 1-21.

»El foco del sistema se ha ido desplazando sucesivamente de los conceptos a las normas, de las normas a los principios y de éstos a los valores, pero el sistema jurídico no puede ser sólo un sistema de normas o sólo de valores, no puede ser un sistema de un único aspecto o elemento de la realidad jurídica, sino de toda ella, pues el derecho es valor y es norma, es concepto y principios, pero también es fuerza, decisión, poder, previsión organización, interés, etc.

»Al final, el resultado de tanto esfuerzo y de tanta discursión puede reducirse al alumbramiento de un concepto de sistema lo suficientemente amplio, vago, o laxo, como para poder acoger dentro de él todas las deformidades de la realidad; o consistir meramente en la descripción de “lo que es” (de aquello que se llega a percibir de lo que es) diciendo que “eso” es el sistema. Existe todavía otra posibilidad, no menos desalentadora, que es la de no comprometerse con un pronunciamiento concreto sobre el concepto de sistema que se pretende utilizar y, sin definirlo previamente, emplear ese concepto como “instrumento hermenéutico” para la discursión de las diversas tesis doctrinales y en contra de la perspectiva sistemática».

Antes de explicar en qué sentido, desde qué perspectiva y con qué función utilizamos aquí la palabra sistema, creo conveniente echar previamente una ojeada a las distintas concepciones modernas de sistema jurídico en una panorámica breve –pues lo estudiamos sólo desde una visión metodológica de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, observándolo ya hecho, como no debemos dejar de recordar–. Lo veremos de la mano de Canaris, ponderando la posición moderada de este autor.

En su búsqueda de un concepto general de sistema de la jurisprudencia, parte Canaris¹³ de las definiciones que efectuó Kant, en su *Crítica de la razón práctica*, «la unidad de conocimientos plurales bajo una idea», y en su *Metafísica*: «sentido del todo, el conocimiento ordenado con arreglo a principios», y de las que, «similarmente», Eiseler, en su *Diccionario de conceptos filosóficos*, expresa al decir que sistema es: «1, objetivamente un entramado totalizador de cosas, procesos, partes en el que el significado de cada parte está determinado por el todo supraordenado y sumativo [...]; 2, lógicamente: una pluralidad unitaria de conocimientos que se siguen de un principio y que forma un todo de saber, un cuerpo doctrinal en sí dividido e internamente asociado desde el punto de vista lógico, como correlativo lo más fiel posible del sistema real de las cosas, es decir, del conjunto de relaciones de las

¹³ CANARIS, *op. cit.*, § I, 1, pp. 19-21.

cosas entre sí y que mediante procesos científicos tratamos de “reconstruir” aproximativamente».

Canaris en estas definiciones, y en las otras que cita de Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll, Stoli y Coing, observa dos notas comunes: «la del *orden* y la de *unidad*: las dos en estrecha interrelación pero que han de ser fundamentalmente separadas».

Significa así el orden «una coherencia “interna” racionalmente captable, es decir, fundada en la cosa misma», que «no puede romperse, en una serie de unidades individuales y desconectadas, sino que debe reconducirse a unos pagos y principios básicos determinantes». Los aspectos *lógico* –que él prefiere denominar *científico*– y el aspecto *objetivo* o *real*, los estima «en la más estrecha interrelación, por cuanto el primero ha de ser el “más fiel correlato posible” [en palabras de Eisele] del último si se quiere que el tratamiento científico de un objeto no violente a éste y no se frustre con ello su finalidad».

Estima Canaris que «el orden interno y la unidad del derecho» implican en su sistema: «1.º Coherencia y unidad como premisas científico-teóricas y hermenéuticas» que, en el *plano metodológico*, «suelen presuponerse como evidentes»¹⁴; «2.º Coherencia y unidad como emanaciones y postulados de la idea del derecho», «que también remite a un mandato de justicia», con la tarea de «*presentar y realizar la coherencia valorativa y la unidad interna del ordenamiento jurídico*»¹⁵.

Me permito, aquí, intercalar una observación, la metodología realista –que propugno y sigo– se contrapone a la visión kantiana –que Savigny no abandonó del todo– de que la idea del derecho dota a las cosas de forma valorativa *a priori*. La *Wertungsjurisprudenz* mantiene esa posición; por lo cual, desde la *idea del derecho* complementa valorativamente la «preestructura» de la *Natur der Sache*, dado el rechazo por esa escuela de la posibilidad de captar la *natura rerum* como orden universal que comprenda los valores¹⁶.

Desde su punto de partida expuesto, Canaris considera injustificados todos aquellos sistemas «que no son apropiados para dotar de coherencia y unidad interna el ordenamiento jurídico», aunque los considere, «no sin excepción», erróneos, ni en todo punto inútiles

¹⁴ *Ibid.*, II, 1, pp. 21-23.

¹⁵ *Ibid.*, 2, pp. 24-26.

¹⁶ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 139, c, *in fine*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 830.

para las tareas de la ciencia del derecho. Vamos a ver, panorámicamente, cual es la perspectiva que, desde ese punto de vista, expone:

I. Como conceptos que considera *no justificables sobre la base de las ideas de coherencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico*, enumera¹⁷ los siguientes:

1.º El llamado, en la terminología de Heck, *sistema externo*, «que en lo esencial se refiere a los conceptos de orden contenidos en la ley misma. De él dice que «no sirve, o sirve sólo de un modo muy primario, para sacar a la luz la interna unidad de sentido del derecho»; no resultando apto para alumbrar «el sentido de un orden interno de interrelaciones».

2.º *Los sistemas de conceptos fundamentales «puros»*, como son, por ejemplo, los desarrollados por Stammler, Kelsen o Nawiasky; pues se trata con ellos de «categorías puramente formales, subyacentes a todo ordenamiento jurídico pensable, mientras que la unidad valorativa es siempre de tipo *material* y sólo puede realizarse en un *determinado* ordenamiento jurídico *histórico*».

3.º *Los sistemas lógico-formales*, en los que incluye:

a) *El sistema lógico de la jurisprudencia de conceptos*, al que considera «inapropiado para captar la unidad y coherencia interna de un determinado ordenamiento jurídico positivo», y su concepción lógico-conceptual «comparable hasta cierto punto con la matemática» que –afirma– «puede tenerse hoy por totalmente superada». Fundamentalmente lo rechaza por estimar que «la coherencia entre diferentes valoraciones y la conexión interna entre valoraciones [dimanantes la *idea de justicia*] no puede aprehenderse lógicamente, sino sólo axiológica o teleológicamente».

b) *El sistema axiomático-deductivo en el sentido de la lógica*, al que considera una construcción que «no es posible y contradice la esencia del derecho», y que, lleva desde «la exigencia de “plenitud” de los axiomas, a la utopía de que todas las decisiones valorativas exigidas en el seno de un ordenamiento jurídico se pueden formular de modo concluyente, en suma a un típico prejuicio positivista que hoy se puede tener por definitivamente rebatido».

4.º *El sistema como entramado de problemas*, entre los que enumera:

a) *El concepto de sistema de Max Salomon*, que se sitúa en el camino expuesto por la conferencia de Von Kirchmann. Es decir, el de partir de la ausencia de valor científico de la jurisprudencia ahor-

¹⁷ CANARIS, *op. cit.*, §2, I, pp. 27-49.

mada por las normas legisladas, y, como única salida, busca que el sistema se ocupe de los *problemas* (imperecederos) y no de sus *soluciones* (perecedoras). Con esto, «excluye, sin más, del círculo de la ciencia aquello que hasta ahora se llama ciencia jurídica, es decir, el tratamiento metódico de un determinado ordenamiento jurídico positivo, y como objeto de la auténtica ciencia jurídica queda sólo la formación del “sistema de los problemas de la legislación posible”». Canaris le opone que concebido de ese modo: «carece necesariamente de la unidad de la interrelación interna que es ineludible para el concepto de sistema. Los problemas, como tales, no son nada en cuanto preguntas aisladas que se pueden seleccionar arbitrariamente, por lo que, para poder ser puestos en una relación sistemática, necesitan un elemento que fundamente su sentido y su unidad», «que sólo puede hallarse fuera de ellos mismos» [...]. «No caben cuestiones totalmente exentas de presupuestos, pues ya el planteamiento de la pregunta encierra en sí siempre una determinada “perspectiva”» [...] «Lo único posible [en el pretendido problema de Salomon] es solamente *dibujar un entramado de preguntas y respuestas, nuevas preguntas (que surgen con ello) y nuevas respuestas, etc.*».

b) La concepción de Fritz Von Hippel, que trata de mostrar que el «entramado inmanente de problemas» va necesariamente unido al reconocimiento de la autonomía privada, ya que el sistema no surge *a priori*, sino sobre la base y a favor de una determinada autonomía privada. De ella éste, al propugnarlo, dice: «si lo conocemos conoceremos la sistemática jurídico-privada». Canaris, si bien estima que estas ideas de Von Hippel merecen aquiescencia, objeta que no alcanza una determinada concreción del concepto de sistema en su unidad y coherencia.

5.º *El sistema de relaciones vitales*, al que opone –del mismo modo que al de entramado de problemas– que esas relaciones no bastan para formar un sistema y, aunque puedan influir sobre él, no pueden plasmarlo plenamente.

6.º *El sistema de «decisiones de conflicto»*, en el sentido de Heck y la *jurisprudencia de intereses*, lo excluye Canaris como sistema por no responder a la pregunta de en qué radica la «idea de unidad del derecho». Cita los reproches a ella emitidos por: Kretschmar, ya en 1914, de que abandona de la idea de unidad; de Heger, porque solamente destaca el juicio de valor que se expresa en la norma *particular* y los valores jurídicos supremos, como la justicia y la equidad, y deja de lado «los fines básicos y específicos de la parte del derecho de que se trata, situados en un plano

intermedio entre la norma particular y los supremos valores»; de Oertmann, de que no ha podido encontrar «ningún todo», ni obtener «jamás un unitario cuadro de conjunto», y de Coing, porque no ve en el derecho «un orden ni lógica ni moralmente unitario»; y que, por ello, carece «totalmente de unidad».

Canaris matiza esos reproches, partiendo de la distinción, formulada precisamente por el mismo Heck, de sistema *externo* —como construcción de una exposición y división del material jurídico lo más clara y abarcable que sea posible (que —como antes hemos visto— el propio Canaris considera inadecuado por no captar las interrelaciones internas)— y sistema *interno* —como aprehensión de una «interrelación objetiva» de un «orden inmanente»—, que tampoco acepta como verdadero sistema dotado de unidad: primero, porque, pese a su ausencia de contradicción, que «es sin duda un elemento esencial, plantea sólo lo que podemos llamar el lado negativo de la idea de unidad y no permite reconocer en qué radica en su aspecto positivo la unidad de sentido del derecho; y segundo, porque sólo se refiere a la interrelación interna del ordenamiento jurídico normativo, que no es sino una consecuencia sociológica externa de la coherencia interna —que no explica el aspecto interno del sistema, único que Canaris considera verdadero sistema de derecho. No obstante, reconoce que la jurisprudencia de intereses proporciona valiosos trabajos previos en el orden de la problemática del sistema, sobre todo con las ideas del “sistema interno”, y la referencia a su carácter teleológico, ofreciendo “esenciales puntos de partida que se han de asumir y proseguir”».

II. Bajo el concepto de sistema que él acepta, a partir de la idea de coherencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico, Canaris¹⁸ sólo considera adecuado un sistema que reúna las dos notas siguientes:

1.º *Hallarse ordenado de modo axiológico o teleológico*, en correspondencia al «mandato de justicia» que es de naturaleza *valorativa*, advirtiendo que ahí no emplea la palabra teleológico en el sentido restringido de la mera asociación de medio a fin, sino «en el más amplio sentido, referido a toda realización de fines y valores», en el que «la “jurisprudencia de valoraciones” se equipara con la jurisprudencia “teleológica”».

2.º *Orientarse como ordenamiento de «principios generales del derecho»*, entendidos «como *elementos determinantes* en los que se hace visible la unidad y coherencia internas del ordenamien-

¹⁸ *Ibid.*, II, pp. 49-69.

to jurídico». De modo tal que «el sistema se puede definir como un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho».

No obstante, Canaris plantea la cuestión de si el sistema puede apoyarse también en *normas, conceptos, instituciones jurídicas y valores*. Considera que la respuesta es sencilla, en cuanto se halla «determinada en alguna medida por los criterios de la adecuación y de la perspectiva»; y, con esa pauta, responde que:

– Un *sistema de normas* «no tiene mucho sentido cuando lo que se ha de buscar es precisamente la interrelación que liga a las normas» y que «difícilmente podrá consistir precisamente en una norma; de hecho, las ideas jurídicas que fundan las ideas y la unidad sólo en una escasa proporción pueden ser formuladas en la forma de normas», sino que el sistema «se manifiesta más bien bajo el modelo, más flexible, de los principios».

– Un *sistema de conceptos jurídicos generales* puede pensarse –dice– como «un sistema puramente formal de conceptos generales fundamentales» y, también, como «sistema “rellenado” teleológicamente de determinado ordenamiento jurídico», aunque sea admitiendo solamente conceptos teleológicos o «conceptos valorativos»; y no estima pensable la formación de un sistema de conceptos generales *abstractos*, sino sólo de conceptos generales *concretos*, en el sentido de Hegel¹⁹, únicos que a Canaris le parecen «apropiados para incorporar la plenitud de sentido que conforman la unidad interna». Sin embargo, aún a éstos los considera poco apropiados por «dejar ver la coherencia valorativa y la unidad interna del derecho»; pues, «aunque hayan sido correctamente formulados, contienen la valoración de modo mediato, como encerrada, mientras que el principio la muestra claramente». Es decir, en aquéllos «*la valoración está implícita, mientras que, por el contrario, el principio la hace explícita*, y, por ello, éste es más apropiado para reflejar la unidad valorativa del derecho». Además, objeta que «no se han elaborado los conceptos correspondientes a todas las valoraciones fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico».

– Un *sistema de instituciones jurídicas* le parece que, de modo semejante, padece los defectos de que «no deja ver de modo inmediato la valoración que funda la unidad», y, «sobre todo, no hacen generalmente referencia a una valoración en particular, sino a la unión de varias ideas jurídicas distintas». Por lo cual, un sistema «que se forme a partir de ellos puede expresar –como máximo–

¹⁹ Cfr. *Elaboración sistemática*, 25, p. 115.

fragmentariamente la unidad del ordenamiento jurídico, pues de tal modo no es visible la interrelación más profunda que existe también entre las instituciones».

– *Un sistema como ordenamiento de valores* le suscita parejas consideraciones, aun reconociendo que el paso entre valor y principio «es sumamente fluido»; pues, «el principio está en un grado más concretado que el valor: *a diferencia de éste, el principio contiene la división entre supuesto y consecuencia jurídica, característica del enunciado jurídico*».

Concluye: «Un sistema de conceptos teleológicos de instituciones jurídicas y de valores superiores debería, en todo caso, parecer fuertemente a un sistema de principios, *el uno debería poder reformularse en gran medida, si no completamente, en el otro*».

Como remate de su concepción del sistema, expone Canaris, el *modo de operar de los principios generales del derecho en la formación del sistema*, y efectúa las siguientes proposiciones:

– *Los principios no rigen sin excepción y pueden entrar entre sí en contraposición y contradicción.*

– *Los principios no comportan la pretensión de exclusividad, y, en consecuencia, pueden ser formulados bajo el esquema: «sólo si... entonces...».*

– *Los principios «despliegan su verdadero contenido de sentido en un juego de recíproca complementación y limitación».*

– *«Para su realización, los principios necesitan la concreción mediante principios subordinados y valoraciones singulares con contenido material propio».*

Estas proposiciones de Canaris responden a la idea del «*gran parlamento de los principios*»²⁰.

En fin, para percatarnos de la concepción que tiene Canaris de sistema jurídico, debemos detenernos un momento más para examinar su consideración del *carácter abierto del sistema*²¹, en contra de la *concepción cerrada*, que mantiene el positivismo legalista, que, por ello, él rechaza.

Esa concepción suya la formula con las siguientes proposiciones que enuncia:

I. *«La apertura del “sistema científico” como carácter inconcluso del conocimiento científico.»*

²⁰ Cfr. *ibid.*, 83, p. 382, *in fine* s.

²¹ CANARIS, *op. cit.*, §4, pp. 85-97.

II. «El carácter abierto del “sistema objetivo” como mutualidad de las valoraciones fundamentales del sistema jurídico.»

III. «El significado abierto del sistema para la posibilidad del pensamiento sistemático y de la formación del sistema en la jurisprudencia.»

IV. «Los presupuestos de las transformaciones del sistema y la relación entre transformaciones del sistema objetivo y transformaciones del sistema científico.»

Todas las desarrolla, y explica ampliamente, aunque aquí basta su enunciación para completar nuestra visión de lo que él entiende por sistema jurídico.

3. PERSPECTIVA METÓDICAMENTE REALISTA DEL SISTEMA JURÍDICO

Con los datos examinados en los anteriores apartados, voy a contraponer lo que, con arreglo a mi perspectiva metodológica realista, entiendo por sistema:

a) Éste, en primer lugar, debe corresponder a la perspectiva del *realismo metódico*, que sigo. Por lo tanto, en esto nos situamos en contraposición con las concepciones idealistas que –conforme el giro ptoloméico o protagórico (no copernicano) de Kant– sitúan la idea del derecho como fundamento de éste y, por lo tanto –como hemos visto que hace Canaris–, la *idea del derecho* y los principios de ella dimanantes imponen una estructura unitaria y coherente al sistema. De tal modo –conforme al método de la *Wertungsjurisprudenz*–, la visión que tiene Canaris del sistema presenta una configuración idealista en sus principios y realista así en sus predeterminaciones como en sus concreciones objetivas.

En cambio, el realismo metódico, que sigo, parte de que el conocimiento de la naturaleza de las cosas –o sea de la *rerum natura*– es previo a la captación de los principios, que obtenemos por la facultad de nuestra razón teórica del *intellectus principiorum*, y por la facultad de nuestra razón práctica y hábito de la *synderesim*, de semejante modo como de ella captamos los universales, por abstracción integrativa, y los valores por abstracción por división o composición, y por sucesivas abstracciones de segundo y posterior grado, las ideas más generales²².

²² *Elaboración sistemática*, 19 b-c, pp. 85 s., 21 d, pp. 86-89 y f-s., pp. 90-93.

b) En segundo lugar entiendo que para aclarar las ideas deben diferenciarse: *sistema*, *sistemática* y *ordenamiento jurídico*, tal como dice Von Hippel y apoya Canaris, según hemos visto. Creo que el conocimiento del sistema comporta el de una sistemática con una ordenación expositiva mejor de lo jurídico, por los juristas, primero, y por el legislador, después, al traducir el sistema formulado por aquéllos en las normas del correspondiente ordenamiento jurídico.

He repetido, más de una vez, que me parece luminosa la comparación, efectuada por Juan Miquel²³, de la esfera interna del derecho romano, con una célula, recubierta por una membrana porosa, que la aísla del medio que le circunda pero sin impermeabilizarla; pues, a través de esa membrana, por ósmosis se produce un continuo intercambio de la célula con su esfera externa, en virtud del cual son captados los jugos nutricios de los saberes de la vida misma.

Siguiendo este símil, pude añadir que, ciertamente, la *divinarum atque humanarum rerum notitiae* se halla en el exterior de la célula jurídica, forma parte de su sistema externo, que la membrana la filtra y, ya filtrada, la capta la célula jurídica. Recogida esta noticia en ella, los jurisconsultos, en su sistema interno, elaboran la *iusti atque iniusti scientia*. Sólo ellos, no teólogos, filósofos, moralistas, políticos, economistas, sociólogos o científicos de cualquier otra clase, lo elaboran.

Como ha escrito Biondi²⁴, la definición de la jurisprudencia corresponde al concepto tradicional que tenían los romanos del quehacer de los iurisprudentes, «quienes, a diferencia de los filósofos griegos —que amaban apartarse del mundo para no ser perturbados en sus pensamientos—, viven en la realidad práctica, captan sus necesidades y, con gran prudencia, logran resolver los inevitables conflictos de intereses de una manera justa. Todo ello presupone el conocimiento pleno de la realidad, en su integridad y en la multiplicidad de sus relaciones». Es decir, la ciencia de los jurisprudentes «no está separada de la vida, sirve a la vida», aunque esté «aislada» como ciencia y sea «autónoma» de las otras ciencias y de la política; pues, el ámbito de conocimiento de la jurisprudencia «se extiende por todas las esferas de las relaciones humanas y divinas, en lo que puede interesar el derecho».

²³ Juan MIQUEL, *El aislamiento de los juristas romanos*, comunicación presentada al curso «La independencia de la función judicial», en el Curso de Verano 1991, de la Universidad Complutense en El Escorial.

²⁴ BIONDI BIONDI, *Objeto y método de la jurisprudencia romana* (1943), cfr. en «Arte y ciencia del derecho», Barcelona, Aries, 1953, pp. 38 ss.

El criterio para la elaboración sistemática que he seguido en mi tercera Metodología es: Primero, examinar la naturaleza de las cosas (*rerum natura*), incluyendo en ella la de los hombres, de su entramado social humano y la de cada cosa (*natura rei*)²⁵. Después, observar los elementos mediadores entre ese orden natural y lo que es derecho humano (principios, costumbres, leyes, jurisprudencia científica y judicial, pautas de valor, negocios jurídicos normativos)²⁶. Finalmente, concluyo con: el estudio de las relaciones de derecho, la captación de instituciones jurídicas y la formación del sistema²⁷. Son estas tres últimas funciones las que los juristas realizamos en nuestro propio *habitat*, como las abejas elaboran con su cera sus panales y, en éstos, su miel.

En el primer volumen de mi en la tercera *Metodología*²⁸ hemos visto que, si bien los viejos autores del *ius civile* daban un cierto orden externo a los diversos materiales expuestos casuísticamente por ellos; y, aunque mostraron escaso interés en sistematizarlo, no obstante en su orden expositivo agrupaban cuestiones cercanas y utilizaban similitudes y diferencias para obtener, con su observación, nuevas respuestas particulares y finalmente para elaborar reglas, cuya ubicación supeditaban siempre a la justicia del resultado –volveremos a ello–; y que, hasta Gayo, no se acometió una clasificación global de los *genera*, pero sin rebasar la tarea de un «maestro elemental de derecho».

Tiene razón Cuenca²⁹ al decir que en los juristas latinos, además de un cierto orden expositivo de la materia –orden que no podemos calificar de sistema interno–, no pensaron en él en el sentido en que la ciencia moderna emplea esta palabra, sino en un «significado elemental» de «nivel mínimo de coherencia racional que distingue al derecho del puro arbitrio». Esto «tiene, por lo menos, la ventaja de que permite suponer la existencia del sistema aunque no se tenga adecuada conciencia de él, y, a la vez, en nuestro caso, [permite] sostener que tal sistema no es incompatible con la orientación casuística de la jurisprudencia y de buena parte de la legislación imperial del principado».

Insiste en que «claramente se constata» que, bajo «los puntos de vista modernos sobre el sistema jurídico», esas pretendidas sistematizaciones «son en unos casos insuficientes y en otros básica-

²⁵ *Elaboración sistemática*, vol. I, 40-63, pp. 175-296.

²⁶ *Ibid.*, 72-106, pp. 331-548.

²⁷ *Ibid.*, 107-123, pp. 551-667, y vol. II a todo lo largo del mismo.

²⁸ *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 4, p. 34.

²⁹ F. CUENA, *op. cit.* 8, pp. 61-70. Los textos que se citan se hallan en las pp. 64, 65, 67 y 68.

mente inadecuados»; ya que «en la experiencia jurídica romana falta una elaboración consciente y formal de algo parecido a una teoría jurídica del sistema que pudiera ofrecer la exacta y específica medida de aquella misma aptitud y vocación sistemática que las concepciones modernas malamente lograron calibrar; todo lo que hay es una “teoría de la ciencia” con una, al parecer, decidida orientación ordenadora, pero en todo caso externa al mundo de la jurisprudencia y el derecho, y una dispersa utilización por los juristas de algunas técnicas de análisis y clasificación importadas de la filosofía y la retórica, aunque no siempre necesariamente en función sistematizadora del material jurídico existente en conjunto».

A su juicio: «La inadecuación, cuando menos relativa, de los conceptos modernos de sistema y la falta de un claro ideal científico y sistemático interno, a la experiencia jurídica romana, son, a grandes rasgos, los dos polos entre los cuales debe moverse un discurso realista sobre el sistema en el derecho romano. Pero, incluso dentro de estos límites, el campo es todavía demasiado extenso y los problemas demasiado complicados como para que valga despacharse, como tantas veces se hace, con manifestaciones superficiales o imprecisas sobre la naturaleza sistemática o asistemática del derecho romano. Una imprecisión que nace, en primer término, de la cómoda ambigüedad en que se deja el concepto de sistema desde el cual se lanza el juicio en otra dirección».

Rechaza la opinión de Giaro, acerca de que los juristas romanos encuentran sus soluciones en el manejo del *ius* y hasta un cierto grado intentan reducirlas a un sistema ordenado y no obstante abierto; y comenta: «En ningún momento se nos dice en qué consiste ese sistema ordenado y no obstante abierto (¿o es sistema abierto y sin embargo ordenado?); tampoco se concreta el “cierto grado” hasta el que los juristas persiguieron su realización».

Después de este rodeo, de la mano de Cuenca, por el derecho romano, volvemos a la distinción y sucesiva elaboración del sistema, la sistemática y el ordenamiento jurídico positivo, reteniendo la expuesta reflexión que nos ha suscitado la imagen, con la que hemos enfocado esta segunda consideración, de la célula jurídica con su membrana porosa, en la que se efectúa la elaboración interna del derecho. La labor de los juristas comienza recogiendo a través de esa membrana el conocimiento de la naturaleza de las cosas (la *divinarum et humanarum rerum nototiae*), comprendiendo en ella la naturaleza de los hombres, del entramado social humano y el de cada cosa (*natura rei*).

Los juristas, al elaborarlo en su práctica, guían al pueblo para la formación de sus costumbres, al poder político en la formulación

de las leyes; captan los principios generales del derecho y configuran los principios tradicionales de cada país y los específicos de cada rama del derecho –bastante distintos a veces los de cada una, como sucede, por ejemplo, entre los de derecho civil y los de derecho mercantil³⁰, o entre los de derecho procesal penal y los de derecho procesal civil, los de derecho constitucional y los de derecho internacional– y las pautas de valor; elaboran la jurisprudencia científica y la judicial. Todo esto se realiza preparando a la par el instrumental necesario para el ejercicio de su *ars boni et aequi*. Este *ars* lo desarrollan los juristas ya dentro de la célula jurídica, como las abejas sus panales, observando las relaciones humanas en la *polis* y las de los *cives* entre sí, las existentes entre los hombres en sus instituciones, ponderando su justa configuración y sus *similitudinem* y *diferentiam*.

La ciencia expositiva y explicativa del derecho, a medida que avanza la expresada *praxis*, comienza a volver los ojos sobre esa obra, la contempla, como en un espejo, a medida que se va realizando como *iusti atque iniusti scientia*; y trata de exponerla y explicarla en *digesta* y en *instituta*, que siguen un orden sistemático, más o menos perfeccionado, como resultado y expresión del sistema que han ido elaborando varias generaciones de juristas. Las sistematizaciones efectuadas por los jurisconsultos romanos, en sus respectivos *digesta* e *instituta*, les recogerían los compiladores bizantinos en su *Digestum* y sus *Instituta*.

Luego de promulgado el *Corpus iuris romanorum*, como ordenamiento jurídico positivo, éste ofrecería a su vez un modelo incipiente de sistemática, en torno del cual los juristas podían ir perfeccionando su perspectiva del sistema real y explicar mejor uno y otro. Así, después de reencontrados esos libros en Bolonia, lo harían con sus respectivos métodos, los glosadores, los comentaristas y los conciliadores. De ese mismo modo habría sucedido más incipientemente en el derecho arcaico, donde los *mores maiorum* y su elaboración por los pontífices en su *Colegium* debió facilitar un modelo a los centúmbiros para elaborar las XII Tablas como *fons omnia publicum et privatum iure*; los prudentes en sus respuestas, después, tomarían éstas como faro esclarecedor para seguir elaborando el *ius civile*; y la labor de éstos, en su *agere*, serviría de modelo al *Aedictum praetorium*, el cual, a su vez, serviría después de pauta sistemática a los juristas posteriores en sus comentaristas *Ad Aedictum*.

³⁰ Cfr. Luis FIGA FAURA, *El ordenamiento jurídico mercantil*, R.G.L. y J. 252, 1982, I, pp. 52 ss. *Los civilistas y la evolución histórica del derecho mercantil*, A.D.C. XXXVIII-II, 1984, pp. 369-378.

En suma, se produce una corriente circulatoria entre el sistema real que constituyen las instituciones elaboradas en la práctica, su sistematización, más o menos perfecta por la labor expositiva y explicativa del mismo y la configuración de los ordenamientos jurídicos y éstos, a su vez, influyentes en la práctica. Ese periplo se repite.

c) En tercer lugar, ahora realizo una tarea metódica de elaborar, desde esta perspectiva, una *ciencia expositiva y explicativa del derecho*, a la que corresponde observar los sistemas, más o menos elaborados y siempre en trance de elaboración por la práctica, para, después, tratar de reflejarlos ordenadamente, contemplando panorámicamente las sucesivas realizaciones de la práctica, y procura en lo posible afinarlas y completarlas.

Naturalmente esta manera de observar el fruto de la labor del arte jurídico —que hemos referido al finalizar la consideración segunda— como un destilado de la naturaleza de las cosas —incluyendo en ella a los hombres y a sus entramados sociales que los agrupan—, identificando cada cosa por su correspondiente «universal», agrupadas en géneros y especies, según su naturaleza, con atención a sus cualidades y sus valores abstraídos por división o composición, y elevándose a las ideas abstractas, obtenidas por sucesivos grados de abstracción, hasta alcanzar cierto conocimiento de lo que se entiende por bien y por mal, por justicia e injusticia, por equidad e inequidad.

El teórico o científico debe comprender, exponer y explicar todo esto, respetando en lo posible su orden natural, pero tratando de hacerlo más claramente visible y más fácilmente comprensible.

En ese deseo ordenador se observan y agrupan varios entramados constituidos: por relaciones de derecho; por instituciones jurídicas de diversas clases; por principios, reglas, y normas. Del conjunto de cada uno de estos entramados puede trazarse un cuadro y darle el nombre de *sistema*. Savigny concibió un sistema de instituciones, extraídas de la realidad orgánica, que cada pueblo elabora, aunque luego lo relacionó, por el trámite de su conceptualización, con las normas correspondientes. Cerrándose en esta sola labor conceptual, Puchta trató de construir una pirámide de conceptos³¹, y, cerrándose en la normación positiva, Kelsen construyó la suya de normas³².

Canaris —como hemos visto— opta por la elaboración de un sistema de principios, que formen un orden axiológico o teleológico³³.

³¹ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 94, pp. 558-561.

³² *Ibid.*, 145 b, pp. 865 s.

³³ *Supra*, 2, II.

Por mi parte sigo con el criterio de optar por el sistema de instituciones, como cosas jurídicas elaboradas en la práctica jurídica, teniendo en cuenta que esas cosas jurídicas tienen ínsitos sus valores y, en cuanto son «jurídicas», contienen un espíritu de justicia que las dota de su adecuada forma justa.

4. ASPECTO ESTRUCTURAL Y ASPECTO FUNCIONAL DEL SISTEMA JURÍDICO. PERSPECTIVA GENERAL Y PERSPECTIVA PARTICULAR O PECULIAR DE AQUÉL

A) Los significados estructural y funcional o dinámico de la palabra sistema –que hemos podido observar al principio– no expresan dos sistemas distintos, sino dos aspectos o perspectivas del mismo sistema jurídico de instituciones. Desde el primer aspecto se observa la disposición estructural de las instituciones; y, desde el segundo, su funcionamiento, es decir, la dinámica funcional del organismo del derecho.

Es algo que Jhering supo ver claramente cuando escribió: «Todo organismo puede ser considerado desde un doble punto de vista: anatómico y fisiológico. El primero tiene por objeto los elementos de este organismo y su acción recíproca, o sea su estructura; el segundo sus funciones»³⁴.

Se refieren al sistema en el aspecto estructural, anatómico, los textos de Savigny y de Jhering que cito en este capítulo y citaré en el siguiente. El segundo de estos autores³⁵ advierte también que el sistema tiene el otro sentido funcional o dinámico, que deberemos examinar más adelante.

B) Tanto Savigny como Jhering consideran el sistema referido a cada pueblo individualizadamente. Aunque Savigny³⁶ reconoce que en la naturaleza orgánica del derecho y en el contenido del derecho popular se hallan dos elementos: uno individual y otro

³⁴ JHERING *op. y loc. ult. cit.*, pp. 38 s.

³⁵ En la segunda edición de su obra, JHERING añade en su nota 7, pág. 39: «Después de publicada la primera edición de esta obra he encontrado un pasaje de Bentham que considera al derecho de una manera análoga. Este paisaje se halla en el *Traité de legislation* de Jeremias BENTHAM, edición de Dumont, Paris 1802: “No es en los libros de donde –dice– he encontrado los medios de invención y los modelos de método. Se encuentran más bien en las obras de metafísica, de física, de historia natural, de medicina. Quédé sorprendido leyendo en algunos tratados modernos de esta ciencia las clasificaciones de los males y de los remedios. ¿No se podría aceptar el mismo orden en la legislación? El cuerpo político, ¿no podría tener su *anatomía*, su *fisiología* y su *materia médica*? Lo que he hallado en los TRIBONIANO, los CONCEJII, los BLACKSTONE, los VATTEL, los POTHIER, los DOMAT es bien poca cosa; HELVETIUS, LIUNEO, BERGMANN, CALLEN, me han sido mucho más útiles”».

³⁶ SAVIGNY, *Sistema*, § XV, vol. I, pp. 91 ss.

general, fundado éste «en la naturaleza común de la humanidad. Ambos elementos son reconocidos científicamente por la historia y la filosofía del derecho. Entre los autores que se han ocupado de profundizar la naturaleza del derecho, muchos lo han considerado como una idea absoluta sin cuidarse de las formas que reviste en su aplicación real de la influencia de dichas formas. Entre quienes han tomado la realidad del derecho como objeto de sus trabajos si reconocen uno sólo de estos elementos son conducidos a puntos de vista exclusivos e incompletos. Así, los unos miran el contenido del derecho como cosa indiferente y accidental, y se contentan con hacer constar los hechos; los otros establecen por cima del derecho positivo un derecho absoluto y general que todos los pueblos podrían adoptar, sustituyéndolo al suyo propio. Éstos reducen el derecho a una abstracción sin vida, aquéllos desconocen la dignidad de su vocación».

Estas dos posiciones extremas, observadas por Savigny, corresponden la primera a un empirismo romo y la segunda a la posición de la escuela idealista y racionalista del derecho natural y de gentes, frente a la cual alzaba su bandera la escuela histórica del derecho.

Savigny continúa proponiendo: «Este doble escollo se evita asignando al derecho un fin general, que cada pueblo está llamado a realizar históricamente. Si los debates animados a que ha dado motivo esta discusión han puesto en claro la verdad, ha solido acontecer también que se ha sacrificado uno de los elementos en el calor de la polémica. No puede negarse que un estudio dirigido en apariencia a los detalles, puede poner de manifiesto el conjunto y el sentido más elevado de las instituciones del derecho, de la misma suerte que una investigación general puede estar animada por el estudio de la vida histórica de los pueblos. Si, dejando a un lado el espíritu de partido, cosa vana y perecedera, examinamos la marcha científica de nuestro tiempo, reconoceremos con satisfacción que las opiniones contrarias tienden a aproximarse, y que estamos realmente en el camino del progreso.

»El fin general del derecho se desprende de la ley moral del hombre bajo el punto de vista cristiano. El Cristianismo no existe solamente como regla de nuestras acciones, sino que ha modificado la humanidad y se encuentra en el fondo de nuestras ideas, aun de aquéllas que parecen serle más extrañas y hostiles. Reconocer este fin general del derecho, no es sacarlo de su centro, ni despojarlo de su independencia, pues el derecho es un elemento particular que concurre al fin común, y referirlo a la universalidad de las cosas, es solamente considerarlo bajo el punto de vista más elevado».

En éste último párrafo del *Sistema* se apoyaron los autores de la segunda generación de la escuela jurídica catalana del siglo XIX (especialmente Reynals y Rabassa, Durán y Bas, Pou y Ordinas), para sostener que la escuela histórica del derecho era iusnaturalista. Opinión en contra de la cual se alzaron Planas y Espalter y, ya a inicios del siglo XX, Pla y Deniel. Me he ocupado detenidamente de esta polémica y de las concesiones de Durán y Bas a los impugnadores de su tesis inicial, concluyendo por distinguir la posición genuina de Savigny y la posterior de su escuela histórica del derecho³⁷.

Creo que de una lectura completa del *Sistema* de Savigny, resulta:

– De una parte, que, aun cuando entiende que el elemento general inspira todo el sistema de derecho y debe hallarse siempre presente en él, tal como muestra en las líneas siguientes, donde dice que el *ius strictum*: «tiene la facultad de engrandecerse adoptando principios generales conformes a su naturaleza» y tiene, como manifestaciones inmediatas, «lo que los autores modernos llaman la naturaleza de las cosas (*aequitas* o *naturalis ratio*)».

– Sin embargo, de otra parte, vemos que, a su juicio, el elemento particular subsume al elemento general de modo tal que lo deja en un plano metajurídico, que resulta inoperante si el pueblo o el legislador no lo asumen.

Como ya he escrito, la escuela histórica alemana, que nació como un antídoto contra el racionalismo iluminista, no sólo no superó el inmanentismo de éste, sino que lo sustituyó por otro inmanentismo, el del espíritu del pueblo. Éste –como decía el mismo Savigny– se personifica en el Estado, que «le da la capacidad de obrar»³⁸ «siendo la primera misión del Estado, la más indispensable»: «traducir el derecho en caracteres visibles y asegurar su autoridad»³⁹. Al finalizar el § xv, concluye Savigny «la autoridad legislativa presta el más eficaz auxilio a la acción insensible del espíritu del pueblo» y considera que «es indispensable que el legislador se inspire en la libertad verdadera, que es precisamente lo que falta a los que tienen siempre en los labios la palabra libertad»⁴⁰.

La tensión mostrada en el pensamiento de Savigny, desembocaría con Winscheid, en un positivismo científico conceptualista y

³⁷ *Cotejo con la escuela histórica de Savigny*, II, parte 10 y 13. R.J.C. 78, 1979, pp. 787-784 y 803-807, en síntesis, en *Metodología de las leyes*, 54, pp. 126 ss. Y, más brevemente, en *Metodología de la determinación del derecho*, I, *Perspectiva histórica*, 238, e, pp. 825 s.

³⁸ SAVIGNY, *Sistema*, IX, p. 74.

³⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁴⁰ *Ibid.*, XV, p. 93.

legalista, en el cual el elemento particular subsumiría totalmente al elemento general en un sistema de normas legales conceptualizadas. Este final es decantación natural de la interpolación del sistema de normas en el sistema de instituciones, que Savigny efectuó en su primera aproximación, incurriendo en unas aporías que vamos a observar seguidamente.

Diferenciados el aspecto estructural y el aspecto funcional o dinámico de todo sistema jurídico, procede examinarlos por separado.

II. EL SISTEMA ESTRUCTURALMENTE CONSIDERADO

5. CONFIGURACIÓN ESTRUCTURAL DE LO QUE ES SISTEMA JURÍDICO

Parece que fue Savigny quien primero explicó —en el texto antes referido⁴¹, al que volveremos después— lo que se entiende por sistema jurídico, enfocándolo como una construcción teórica sistemática, explicativa de la realidad estructural, formada por las instituciones jurídicas vividas.

Sin embargo, los romanistas modernos han considerado que cabe decir, en ese mismo significado dado por Savigny, que ya en el periodo clásico del derecho romano se elaboraron sistemas. Así Wieacker, en su discurso de investidura de doctor *honoris causa* por la Universidad de Barcelona⁴², habla de los «sistemas» de Quinto Mucio Scaevola, de Servio y de Sabino que dice se hallaban basados en «conexiones objetivas», aunque estuvieran vinculados al programa de las XII Tablas. Y, añade⁴³, que es notorio el empeño que, como tarde desde Quinto Mucio, hubo de aprovechar las enseñanzas de la filosofía y teoría de la ciencia griega, expuestas por Panecio en el llamado círculo de los Escipiones, como se observa en la clasificación de los *genera* de Mucio, de Servio y de todos los que les siguieron, dándoles una ubicación aunque quedasen como islas en el mar de la jurisprudencia⁴⁴.

⁴¹ *Supra* 1, texto correspondiente a la nota 5.

⁴² FRANZ WIEACKER, *Fundamentación de la formulación del sistema de jurisprudencia romana*, Universidad de Barcelona, 1991, III, 2, pp. 25 ss.

⁴³ *Ibid.*, 3, pp. 27 s.

⁴⁴ FRANCISCO CUENA, *op. cit.* 9, p. 70, advierte que el CICERÓN retórico y no jurista, se ocupó del método jurídico y trató de trazar lo que hoy denominamos su sistema, en el diálogo *De oratore*, en *Brutus* y en su *Tópica* y, especialmente, sin duda, en el desaparecido *De iure civile in artem redigendo*. CICERÓN era cronológicamente posterior a Q. Mucio SCAEVOLA y contemporáneo de SERVIO. En *De oratore* trató de la formación de los oradores, a quienes la *cognitio iuris* era del todo necesaria para su actuación forense, haciendo

Kaser⁴⁵ habla de que Quinto Mucio siguió un «orden expositivo» reuniendo «materias que estaban cercanas», con «un estilo de pensar que opera por asociación», en el que «en el mejor de los casos comienza a gestarse la construcción sistemática»; y dice que ese *ordo iuris* «proporcionaba a las instituciones jurídicas y a las decisiones particulares un valor de ubicación fijo y fomentaba, al propio tiempo, su consistencia material».

En su examen de los progresos de la sistematización en la jurisprudencia republicana, considera Cuenca⁴⁶ que los juristas romanos «pronto empezaron a servirse de utillaje metodológico que era patrimonio común de las escuelas filosóficas de la antigüedad»; pero advierte de que «ello no quiere decir que puedan ser considerados como juristas sistemáticos, ni en ninguno de los sentidos modernos [...] ni tampoco en el sentido [...] que Cicerón quiso imprimir a su, seguramente frustrado, *Ius civile in artem redactum*. Las técnicas de la definición y de la clasificación no eran desconocidas para ellos, de esto no cabe ninguna duda, pero las utilizaron más veces como forma de argumentación para resolver casos concretos y otras con fines constructivos o sistematizadores que, en cualquier caso, no alcanzaron (ni tampoco se lo propusieron) a la globalidad del *ius*. Su manejo, por lo tanto, no les condujo al abandono del método casuístico que constituye una de las constantes y uno de los méritos del derecho jurisprudencial romano».

A modo de conclusión, termina Cuenca: «De cualquier modo no puede decirse que los juristas [romanos clásicos] fracasaran en algo que, en realidad, no llegaron a emprender. Esto es lo que importa y, frente a ello, es irrelevante la comparación con los defectos que no ha podido evitar siquiera alguno de los más conspicuos intentos de sistematización emprendidos en la historia del derecho privado moderno. Lo único que prueban estos defectos no es, por comparación con ellos, la excelencia sistematizadora de la literatura jurídica romana sino la intrínseca limitación de todo propósito y todo méto-

frente al desorden, que criticaba, de la jurisprudencia. En *Brutus* alaba a su amigo SERVIO, frente a otros jurisconsultos, y propone el empleo en el derecho de un método dialéctico, más fácilmente accesible a los oradores en el plano de su actividad práctica y forense respondente. No obstante, cree CUENCA que SERVIO «realizó el ideal ciceroniano del *ars iuris* en la misma escasa medida que Q. Mucio». En su *Tópica* —que CICERÓN dedicó, como es sabido, a su amigo el jurista Cayo TREBACIO TESTA—, trata de mostrar que los procedimientos sistemáticos, «considerados como piedra de toque de la construcción de la ciencia antigua, eran sin embargo susceptibles de un “uso tópico” desconectado en principio de todo interés genuinamente sistemático». Trátase, «en tal supuesto, tan sólo de *loci argumentorum* precedentes del campo de la retórica cuya utilidad quiere mostrar CICERÓN a los juristas».

⁴⁵ Max KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, Valladolid, Publicaciones del Seminario de la Facultad de Derecho, 1964, IV, 1, pp. 41 s.

⁴⁶ CUENCA, *op. cit.* 10, pp. 86-101.

do sistematizador. Los fallos que se descubren en el sistema de las *Instituciones* de Gayo [...], no hacen sino confirmar esa idea».

La clasificación global de los *genera* a efectos didácticos y de modo «auténticamente sistemático» –vuelvo a Wieacker– no se acometió hasta las *Instituciones* de Gayo. Dice Kaser⁴⁷ que esta obra es la representación más genuina de las corrientes didácticas y muestra «un verdadero sistema que, estando planificado desde el vértice, arranca de una clasificación tan fructífera dogmáticamente como es la de *personae* y *res*, si bien ésta pudo proceder de la gramática. Luego desarrolla subsecciones en una construcción, que, si bien no está libre de defectos ni es consecuente por doquier, representa una estructura dominada por puntos de vista jurídicos», tendente «de modo más decidido a enfocar dialécticamente la materia jurídica», y orientado «a que se puedan enseñar y aprender metódicamente». Cierto es que, con ello –advierte–, no rebasó «la misión de un maestro elemental de derecho», de modo que, «para él, el sistema viene a ser una estructura postiza, que sólo tiende a lograr una construcción didácticamente eficaz, pero que no sirve de fundamento para una investigación dogmática acabada. La materia que él expone sigue siendo casuística, aunque hábilmente agrupada y reelaborada».

Es de observar que cada sistema jurídico estructural suele abarcar solamente el derecho de un solo país; pero cabe perfectamente enfocar de un modo general el árbol del derecho, ramificándolo en sus diversas individualizaciones de los distintos derechos peculiares de cada uno de los países y clasificándolo según los diversos troncos a los que correspondan.

Asimismo, puede enfocarse el sistema jurídico estructurándolo en la generalidad de sus diversas partes integrantes desde el derecho divino, el natural, el canónico, el político y el civil, con sus diversas ramificaciones. Como es sabido⁴⁸, Jean Domat trata de abarcarlo así en el conjunto de sus tratados *Des lois*, *Des lois civiles dans son ordre naturel* y *Du droit publique*. En un cuadro sinóptico he mostrado de qué modo, en dichos tres *Traités*, recoge tres géneros muy generales de leyes –en el sentido lato de la palabra ley–, las: de la religión, del orden temporal y de materias comunes a las leyes de la religión y del orden temporal, con todas sus ramificaciones.

⁴⁷ KASER, *op. y loc. ult. cits.*, pp. 43 ss.

⁴⁸ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 48, pp. 270-275, y el cuadro sinóptico que ocupa las páginas 274 y 275.

Contrariamente, suele enfocarse el sistema refiriéndolo únicamente a uno de los troncos del derecho, especialmente el del derecho civil, e incluso a alguna de sus ramas. Así Ramón María Roca Sastre⁴⁹ ha enfocado los distintos sistemas considerando en ellos, sin duda de manera bastante simplificada y esquematizada⁵⁰, los que él denomina sistemas de la *successio in ius* y de la *adquisitio per universitatem*, con sus principios respectivos, planteando críticamente cuál de estos sistemas es el adaptado por el Código civil.

No puede negarse que existe una interdependencia entre el sistema de instituciones elaborado sistemáticamente por la doctrina y las ordenaciones legislativas. Así –como dice Wieacker⁵¹– los sistemas surgidos a partir de las Doce Tablas –el del *ius civile* y el del *Aedictum*⁵²– «siguieron siendo, hasta la ordenación legislativa de Justiniano, el principio expositivo dominante. Mucho después del desvanecimiento de la raíz romano-arcaica de los *veteres*, y posteriormente –tras el desfallecimiento de la tradición pretoria–, la posición preeminente de los comentarios tardo-clásicos *ad Sabinum* y *ad Aedictum*, en el plan de estudios romano-oriental –y, por ende, en el *Digesto* justiniano como ordenación legislativa–, siguieron determinando la entera tradición europea hasta pasada el alba del humanismo».

A la llegada de éste, los autores que lo siguen adoptan la sistemática de Gayo. Ésta –nota De Castro⁵³– fue alterada en el *Sistema iuris universi* de Pedro Gregorio de Tolosa, que a personas y cosas añadió acciones. No obstante, no todos los autores de los siglos XVI y XVII siguieron esta orientación⁵⁴. El jesuita Luis de Molina adopta un sistema expositivo muy original, en su *De iustitia et iure*, que ordena en torno a las distintas formas de justicia⁵⁵. Acabamos de ver que Jean Domat, en sus tres principales *Traités*, sistematiza las leyes –en el sentido lato que emplea esta palabra– en leyes de la religión, del orden temporal y de las materias comunes a unas y otras; las de orden temporal las subdivide en de derecho de gentes,

⁴⁹ Ramón M.^a ROCA SASTRE, *Crítica institucional del derecho civil*, R.C.D.I., XVI, 1940, pp. 497-515.

⁵⁰ Creo que la perspectiva sistemática del derecho de sucesiones es mucho más compleja, formando un árbol con varios grandes troncos, cada uno con diversas ramificaciones. Cfr. mi *Panorama del derecho de sucesiones*, vol. I, 1-22, pp. 19-55; y, concretado a los sistemas legitimarios, mi tratado *Las legítimas*, vol. I, cap. II, pp. 57-78.

⁵¹ WIEACKER, *loc. cit.*, 1, pp. 26 ss.

⁵² Cfr. lo que dice F. CUENA, *op. cit.*, 12, pp. 123-127, del desorden y la escasa sistematicidad del Edicto pretorio por ser producto de acarreo sucesivos.

⁵³ F. DE CASTRO, *Derecho civil de España, Parte general*, vol. I, 3.^a ed. Madrid, I.E.P., 1955, cap. III, I, 3, p. 144 y nota 6 de la misma.

⁵⁴ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de la historia*, 46-47, pp. 260-275.

⁵⁵ *Ibid.*, 46, pp. 263 ss.

de derecho privado y de derecho público, y las de derecho privado en materias generales, obligaciones y sucesiones⁵⁶. Y Pothier⁵⁷, en sus *Pandectas*, siguió el sistema de éstas; pero, al ordenar el último título, lo sistematizó, perfeccionando el sistema de Gayo al dividirlo en cinco partes: 1.^a, ciertas nociones respecto de la ley y de su interpretación, 2.^a, las personas, 3.^a, las cosas, 4.^a, las acciones y los juicios en su orden, y 5.^a, derecho público.

Tras de las sistematizaciones de Domat y Pothier, el *Códe civil des français* divide el material codificado en un título preliminar y tres libros: 1.º De las personas; 2.º De los bienes y de las diversas modificaciones de la propiedad, y 3.º De los diferentes modos como se adquiere la propiedad. Plan al que introdujo variaciones el *Código civil* español: I. Las personas; II. De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones; III. De los diversos modos de adquirir la propiedad; IV. De las obligaciones y contratos.

Pero, todos los sistemas antiguos, y los planes del *Códe civil*, fueron modificados en el sistema de Savigny, que ordenó el derecho civil en: parte general, derecho de obligaciones, derechos reales, derecho de familia y derecho de sucesiones. Este sistema de Savigny se impuso en casi todos los tratados de derecho civil y en los planes de enseñanza de este derecho, salvando que el *Código civil* español, el primer *Codice civile* en Italia y la gran mayoría de los códigos continentales se aproximaron al de Francia.

6. ANÁLISIS DEL SISTEMA EN SU ESTRUCTURA

Recordemos, otra vez, que mientras De Castro y Bravo⁵⁸ considera el sistema jurídico como «construcción teórica instrumental del ordenamiento», en cambio Savigny, en su «primera aproximación»⁵⁹, observa que «un examen más detenido [de las instituciones] muestra que todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y que solamente la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede darnos completa inteligencia». Esta inteligencia muestra que «cuando la relación de derecho se revela por la inteligencia de la vida real» es cuando se observan las instituciones en la armonía –según él explica en la frase anterior– del «vasto sistema» que forman. Pero, en la frase siguiente, también explica: «Cualquiera que sea la distancia que separe una

⁵⁶ *Ibid.*, 48, cuadro de las pp. 274-275.

⁵⁷ *Ibid.*, 42, b, pp. 227-230, y 48 b, p. 273.

⁵⁸ Federico DE CASTRO, *op. y vol. últ. cits.*, I, IV, p. 63.

⁵⁹ SAVIGNY, *Sistema*, § V, p. 67.

relación individual de derecho del sistema de derecho positivo de una nación, no existe entre ellos otra diferencia que la del propósito; el procedimiento en virtud del cual llega el espíritu a conocerlo es absolutamente el mismo».

Como vemos, aunque en su primera aproximación, observa Savigny el sistema como el combinado armónico de todas las instituciones de derecho, cree que el procedimiento en virtud del cual el espíritu llega a conocerlo es absolutamente el mismo por el que se conoce la realidad de las relaciones, de las instituciones y del vasto sistema que éstas forman.

La explicación de esto en el pensamiento de Savigny debe buscarse en la exposición que él realiza acerca de la interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto: primero, enfocando las antinomias, después, las lagunas y la analogía.

Al exponer cuál debe ser el modo de resolver las antinomias, dice⁶⁰ que la reunión de las fuentes «constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho», consideradas en su «doble carácter de unidad y de universalidad».

El procedimiento «para sistematizar en nuestro espíritu el conjunto total de las fuentes» –reitera– es un «procedimiento igual a aquél en cuya virtud reconstruimos separadamente las relaciones de derecho y las instituciones». Y, párrafos después, al tratar de las lagunas y la analogía, afirma⁶¹ que la base de toda la analogía «es la consecuencia interior del derecho, que no es solamente un encañamiento de deducciones puramente lógicas, sino también una armonía orgánica, de la cual tenemos conciencia cuando abrazamos el conjunto vivo de las relaciones de derecho [que –como el ha dicho– forma el sistema] que las dominan. Debemos, pues, partir siempre de un conjunto dado, con el fin de encontrar en su desenvolvimiento la solución de la dificultad. Algunas veces la materia dada es una ley particular, y entonces se dice que la decisión se saca *ex argumto legis*; pero ordinariamente debemos buscarla en las teorías de derecho formadas por vía de abstracción». Es decir –nótese bien–, conceptualmente.

Vuelve a percibirse ahí, el entrecruce en el pensamiento de Savigny de la influencia del racionalismo de Kant, que dominaban en su juvenil *Metodología* –en la cual concebía el derecho como un conjunto de reglas–, y el organismo, inherente al historicismo de Schelling, inspirador de su *Von Beruf*, donde el derecho es concebi-

⁶⁰ *Ibid.*, § XLII, pp. 215 ss.

⁶¹ *Ibid.*, § XLVI, pp. 232 s.

do como un *entramado orgánico de instituciones*. Alfred Dufour⁶² ha señalado magistralmente la contraposición de elementos racionales e irracionales que aparecen en la perspectiva de la escuela histórica del derecho alemana; para ello, pone en relación el elemento irracional de *totalidad orgánica* y el racional de *sistema*, observando que éste la conduce a una orientación metodológica sistemática y deductiva, aunque «en estrecha imbricación en la concepción general orgánica del derecho».

Como Enrique Zuleta Puceiro⁶³ advierte que, en la concepción que tuvo del sistema el fundador de la escuela histórica del derecho: «Lo histórico y lo sistemático se articulan en una situación de equilibrio inestable, que se romperá ya en la misma obra de Savigny a favor de lo sistemático».

Antonio Hernández Gil y Álvarez-Cienfuegos —que es, que yo sepa, quien con mayor profundidad ha penetrado en la concepción que Savigny tuvo del sistema— observa que éste, en el § XLII del *Sistema*, viene a diferenciar el *orden*, que muestra el aspecto *formal* del sistema, y lo *ordenado*, que es su contenido *material*⁶⁴.

Por otra parte, al observar que Savigny alude al sistema refiriéndolo a las normas, al conjunto de las instituciones existentes en la realidad orgánica y a los conceptos jurídicos (Savigny dice en el § XLVI «las teorías de derecho formadas por vía de abstracción»), observa⁶⁵ que es posible detectar como elementos del sistema: la presencia de normas, la de instituciones y de relaciones de derecho. Entonces, se trata de precisar «si ambos elementos lo son de un mismo sistema o si integran sistemas distintos, y, si en este caso hay alguna relación entre ambos sistemas, y, si efectivamente la hay, cuál es». También infiere, si un sistema de conceptos científicos va vinculado a una construcción del sistema como construcción teórica, en ese caso «los conceptos no se tratan como tales sino como seres reales».

Después de analizar la construcción que Savigny efectúa del sistema, como sistema de normas, de relaciones de derecho y/o de instituciones, de derechos subjetivos, de enunciados de su articulación, advierte, en fin⁶⁶, que «Savigny propugna un modelo orgáni-

⁶² Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire, II L'école historique du droit, Concepts clés*, I, II *Science du droit et méthodologie juridique*, Paris, P.U.F. 1991, pp. 190 s.

⁶³ E. ZULETA PUCEIRO, *Savigny y la teoría moderna de la interpretación*, V, in *fine*, A.R.A.J. y L., 9, 1981, p. 199.

⁶⁴ Antonio HERNÁNDEZ-GIL y ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, *La idea del sistema en Savigny*, 51, 5, A.R.A.J. y L., 9, pp. 185 ss.

⁶⁵ *Ibid.*, 6, pp. 187 s.

⁶⁶ *Ibid.*, 7, pp. 224-239.

co para la realidad jurídica y una tarea orgánica para la ciencia; pero, al mismo tiempo, se dice, sienta las bases de la jurisprudencia de conceptos, basada en el engarce lógico-deductivo de sus términos más que en nexo orgánico alguno»[...]«Existe, ciertamente, una apreciable divergencia entre la actitud de Savigny en el orden de los principios y sus manifestaciones singulares. Mientras formula una concepción organicista del derecho, trata del organismo –cree describirlo– disponiendo en su discurso mecánicamente los conceptos». Aunque, nota que esta alteridad no implica contradicción, «sino que se produce en niveles distintos: la interpretación y lo interpretado»[...]«Ambos tipos de nexos, el orgánico y el lógico son difíciles de aislar como dos tipos diversos de nexos».

Y concluye que en la exposición de Savigny hay «una pareja de conceptos que, no obstante hallarse formalmente subordinados a la idea del organismo, poseen entidad propia y explican, con mayor precisión, hasta donde es posible la sistematicidad del sistema, siquiera la sistematicidad del sistema de normas, la unidad y la universalidad».

Es interesante el contraste en que Antonio Hernández Gil⁶⁷ pone la noción de sistema según Savigny con la tesis de Sasure, referida al lenguaje, después de diferenciar la de aquél con la tesis kantiana.

Creo, por mi parte, que, además de esa duplicidad y con un peso decisivo en su desenlace, Savigny encierra la realidad orgánica en la historia de cada pueblo –es decir, tan sólo en su devenir histórico–, con lo cual su reduccionismo es más estrecho que el de Hegel –que si bien lo reduce al devenir, refiere éste al de la historia universal–, y, de ese modo, encierra el contenido de su sistema en sí mismo y hace inmanente su regeneración orgánica, de modo tal que no puede recibir nueva sabiduría de orden más general alguno que le trascienda –como la *rerum natura*–, ni luz de principios ético-naturales. Así, ante la necesidad de autogeneración, se pretenderá obtenerla con la dogmática conceptualista, que Puchta desarrolló.

En efecto, Puchta, en su *Cursus der Institutionem*, consideró –como ha destacado Alfred Dufour⁶⁸– que el derecho de cada pueblo «es una cosa racional (*es ist etwas Vernünftiges*). Y de ahí proviene el orden sistemático que forman sus reglas, que da lugar a

⁶⁷ Antonio HERNÁNDEZ GIL (senior), *Metodología de la ciencia del derecho*, vol. II, *Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia del derecho*, Madrid, Gráficas Ugina, 1971, cap. XII, 3, pp. 371-379, recogido con el título: «El estructuralismo de base lingüística y sus posibilidades en la ciencia jurídica», cap. VIII, 3, en *Obras completas*, vol. 6, pp. 299-303. De este interesante estudio me ocupé en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 93, pp. 556 in fine ss.

⁶⁸ Alfred DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, I *Rationnel et irrationnel dans l'Ecole historique du droit* II, pp. 188 in fine s.

que éstas se condicionen y presupongan mutuamente, y que de la existencia de una sea posible concluir otra [...]. Entonces, la tarea de la ciencia es reconocer las reglas jurídicas en su orden sistemático [...] para poder seguir la genealogía, incluso de las más aisladas, hasta su principio y redescender de los principios a sus últimas consecuencias».

Puchta de ese modo –advierte Dufour– «puso entonces en evidencia la misión creadora y productriz de la ciencia jurídica, que elevó al rango de fuente del derecho. De tal modo, él se erigió en el primer teórico de la *Begriffsjurisprudenz*».

Larenz⁶⁹ explica cuáles han sido la trascendencia y consecuencias del paso dado por Puchta, desde el sistema orgánico de Savigny hasta el suyo lógico conceptual: «La “unidad” del sistema radica en la insuprimible relación de todos sus miembros con un centro, que descansa en sí mismo, y, a la inversa, en la relación del centro con los miembros, cada uno determinado por su posición respecto a aquél, comparable, por ejemplo, con un círculo. En cambio, el sistema conceptual según las reglas de la lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto “supremo”, la cúspide de toda la pirámide, está a gran altura de la base; pero, justamente por ello –imaginemos la pirámide transparente–, le permite el más amplio panorama. Si se sube desde la base, se deja debajo de sí, en cada piso, un corte transversal. De corte en corte, la pirámide pierde anchura y gana altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir, la cantidad de materia, tanto menor es la altura, es decir, la posibilidad de panorama, y a la inversa. La anchura corresponde al contenido; la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto “abstracto”. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial».

Puchta pasó, pues, del organicismo del método histórico-sistemático de Savigny, a la jurisprudencia formal de conceptos. «Es cierto –continúa diciendo Larenz– que [Puchta] siguió a Savigny en la doctrina de la génesis del derecho y que, como él, se sirvió de un lenguaje que respondía al pensamiento “organológico” de Schelling y de los románticos. Pero de hecho, enseñó el método del pensamiento formal conceptual». Súbitamente «esta conexión “orgánica” de las *normas* jurídicas (no, como en Savigny, de los *institutos*

⁶⁹ LARENZ, *Metodología* I, cap. II, pp. 39 s.

jurídicos) se transforma en una conexión *lógica* de los *conceptos*, y esta conexión lógica es, además, considerada fuente de normas jurídicas no conocidas antes. Pues la misión de la ciencia del derecho es conocer las normas jurídicas en su conexión orgánica, condicionándose unas a otras y procediendo unas de otras, a fin de poder seguir la genealogía de las normas particulares hasta la altura de su principio y, asimismo, descender de los principios hasta sus últimos vástagos. En esta operación las normas jurídicas se hacen conscientes y se sacan a la luz del día las que, ocultas en el espíritu del derecho nacional, ni han aparecido en la convicción inmediata de los miembros del pueblo y en sus acciones, ni en los veredictos del legislador que, por tanto, sólo se hacen visibles como producto de una deducción científica. De ese modo la ciencia se añade como tercera fuente del derecho a las dos primeras; el derecho, que mediante ella surge, es derecho de la ciencia, por ser sacado a la luz mediante la actividad de los juristas. Derecho de juristas (*Cursus der Institutionem*, I, 36)».

El camino propugnado por Puchta para obtener un conocimiento de las normas jurídicas que antes no se tenía –sigue explicando Larenz⁷⁰– es el siguiente: «cada concepto superior permite determinados enunciados (por ejemplo, el concepto de derecho subjetivo, que es “un poder sobre un objeto”); ahora bien, al subsumir el concepto inferior bajo el superior valen para él “forzosamente” todos los enunciados que ya se hubiesen hecho del concepto superior (para el crédito, como una clase de derecho subjetivo, esto significa, por ejemplo, que es un “poder sobre un objeto”; por ello, que ha de tener un objeto que está sometido a la voluntad del acreedor y que puede, pues, verse o bien en la persona del deudor, o bien en la acción por él debida). La “genealogía de los conceptos” indica, por tanto, que el concepto supremo del que son derivados todos los demás, determina con su contenido todos los restantes. Pero, ¿de dónde proviene el contenido del concepto supremo? Este concepto tiene, por cierto, que tener un contenido si es que de él se han de obtener determinados enunciados; y este contenido no debe provenir de los conceptos de él derivados, de lo contrario todo sería un círculo vicioso. Para Puchta ese contenido proviene de la filosofía del derecho: de este modo consigue el firme punto de partida desde el cual puede edificar deductivamente todo el sistema y, con ello, derivar también nuevas normas jurídicas».

El *a priori* jurídico-filosófico del sistema de Puchta «es, más en concreto, el concepto de sujeto del derecho y el de derecho subjetivo».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 42.

vo, como poder jurídico de una persona sobre otra». «Sólo después de que, en cierto modo, ha colgado la cúspide de la pirámide de conceptos en el firmamento de la ética, Puchta desciende desde allí al terreno del derecho positivo y hasta los últimos subconceptos jurídicos, con lo cual el contenido ético del concepto de que se parte se diluye, por naturaleza, constantemente, y palidece hasta la incognoscibilidad. Con ello, y este es el fallo decisivo de la jurisprudencia formal de conceptos, las normas jurídicas particulares –por ejemplo, la servidumbre o cualquier otro instituto jurídico– no se enjuician según su fin especial y según su función en la conexión de sentido del instituto jurídico respectivo o según una relación más amplia, sino sólo según el escalón en que han de clasificarse en la pirámide de conceptos».

Con esto, el positivismo de la dogmática positivista incide en el contrasentido de que «la edificación deductiva del sistema depende *de*, e incide *en*, el presupuesto de un concepto fundamental», que «en sí mismo no es, a su vez, derivado del derecho positivo, sino que es previamente dado por la ciencia del derecho. Sólo es derecho lo que permite subordinarse a ese concepto fundamental».

En segundo lugar –subraya Larenz–, que la influencia de la filosofía idealista en Puchta «se limita justamente a la determinación del contenido de sus conceptos fundamentales». Los demás conceptos se forman por el procedimiento lógico-deductivo, que «no proviene de la filosofía idealista, ni siquiera de la de Hegel»⁷¹, sino del racionalismo del siglo XVIII, especialmente del modo de pensar de Christian Wolff.

En ese mismo sentido, dice Wieacker⁷² que las Pandectas de Puchta son «uno de los más claros testimonios de lo que la Escuela histórica debe al método deductivo, tanto del derecho racionalista más reciente, como el de Christian Wolff, apenas atenuado por el empirismo y la observación. Sus resultados fueron logrados por la constante aplicación del método, llamado más tarde, por la crítica de la jurisprudencia de intereses, “método de inversión”», porque «de los conceptos infieren los principios doctrinales dogmáticos y las decisiones, y no la formación de conceptos de las leyes, de los principios doctrinales, de la tradición o de las decisiones...».

Si en su conceptualismo, Puchta forma una pirámide de conceptos que descendientemente predetermina el sistema, en cambio el primer Jhering para formarlo actúa por inducción y análisis⁷³. En

⁷¹ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 108, p. 634 in fine-636.

⁷² F. WIEACKER, *Historia*, 20, pp. 357 s.

⁷³ Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 95, pp. 561-564.

este contexto entiende que «el sistema en materia de derecho, como en toda rama científica, no puede consistir en un orden artificialmente aplicado, sino que éste se deduce del fondo mismo del objeto»⁷⁴[...] «Quien dice sistema dice ordenación de la cosa misma». Sin embargo, las aporías y cuestiones suscitadas por la concepción de Savigny no son resueltas sino incrementadas por Jhering⁷⁵.

Según éste, se opera con el procedimiento sistemático, «por su medio, una transformación interna de las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de su forma de prohibiciones y mandatos para revestir las de cualidades y elementos de las instituciones jurídicas» [...]. «El hombre profano, habituado a representarse una regla legal bajo forma imperativa, no puede comprender cómo una parte del sistema jurídico puede despojarse enteramente de este aspecto, y menos aún que las definiciones, las divisiones, etc., en una palabra, la lógica dogmática, encierran una importancia práctica más intensa que las reglas usuales. Esta lógica del derecho es, en cierto modo, la flor y esencia, el precipitado de las reglas de derecho; una sola definición bien hecha puede comprender el contenido práctico de diez reglas anteriores».

Como he advertido antes⁷⁶, las instituciones y el sistema, que ellas constituyen, son el modelo en que debe inspirarse el legislador y la fundamental guía para que los intérpretes intelijan las normas legales para la realización práctica del derecho. Pero en cambio, a la inversa, ni las normas del derecho ni los conceptos deben determinar el ser real de las instituciones ni del sistema que éstas forman, que son un *prius* respecto de las normas y de los conceptos, y no deben configurarse sino observando la realidad jurídica viva, es decir, atendiendo a la adecuada, en cuanto justa conformación de las cosas y los hechos. Y, consecuentemente –como también hemos anticipado⁷⁷–, es improcedente interpolar un sistema o mejor dicho, hablando con propiedad, ordenamiento de normas legales, efectuando un recorrido de ida y vuelta desde la realidad orgánica a las instituciones y el sistema que éstas forman, sino que éstos deben captarse directamente de la realidad jurídica civil. Siendo, por tanto un *prius*, respecto de las normas y su ordenamiento, de una parte, y un medio privilegiado para intelgirlos.

Comprende perfectamente esto, en su concepción del derecho institucional, Ramón María Roca Sastre, quien –como hemos

⁷⁴ *Supra* 1, párrafo que contiene las notas 3 y 4.

⁷⁵ JHERING, *El espíritu del derecho romano*, Introducción § 4, 3, vol. I, pp. 50 ss.

⁷⁶ *Supra* 1, párrafo que lleva las notas 7, 8, 9 y 10.

⁷⁷ *Ibid.*, párrafo final.

visto ⁷⁸— acometió una crítica institucional del derecho civil, aunque circunscribiéndola al sistema sucesorio. De buen comienzo enuncia ⁷⁹: «Indudablemente, existe un derecho que podría denominarse institucional, estructural o de otra forma. Es el derecho que fija las bases fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye los tipos o fórmulas básicas con las cuales el derecho positivo se llena de contenido, eligiendo entre los varios modelos institucionales [expresión que en su pensamiento equivale, sin duda, a estructura institucional y a sistema] que le ofrece cada materia, el que más se adapta a las necesidades y convicciones de cada momento y de cada pueblo».

Afirma que este derecho institucional o estructural se halla «fuera del derecho natural» (de contenido fijo e inmutable)» [es decir, el de la escuela del derecho natural y de gentes], así como en su acepción stammleriana (de contenido variable). Pero, con todo, funciona en él cierto logicismo iusnaturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencias la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que al apartarse del derecho natural [de los indicados tipos] caiga bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la historia y de la positividad del derecho».

Explicaría el propio Roca, diez años después ⁸⁰: «Bajo la idea de que el derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idóneas todas para dicha función protectora y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones

⁷⁸ *Supra*, 3, b, párrafos primero y último.

⁷⁹ R. M.^a ROCA SASTRE, *Crítica institucional del derecho civil*, R.C.D.I., XVI, p. 497.

⁸⁰ Ramón M.^a ROCA-SASTRE, Prólogo a la obra de PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, pp. 13 s.

jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses».

En esta visión del derecho en la realidad fáctica, sus ojos de jurista se hallaban guiados por el *sentido de la justicia*. De ahí, su definición del derecho: «El derecho implica un condicionamiento de la conducta humana, dirigido a proteger intereses legítimos en pro de la coexistencia social. Su fin u objetivo será esta misión protectora de los intereses humanos, pero como su fin u objetivo remoto es la coexistencia social, no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos. Solamente en este sentido de interés respaldados por la justicia puede entenderse aquel verso de Horacio: *utilitas iusti prope mater et aequi*»⁸¹.

En mi intervención en la sesión de la *Academia de Jurisprudencia y Legislació de Catalunya*, en conmemoración del centenario del nacimiento, el 1 de enero de 1899, de Ramón María Roca Sastre, desarrollé las seis características que considero más salientes del pensamiento de este maestro respecto del derecho, básicas, por lo tanto, de su concepción del sistema jurídico⁸²: *a)* El sentido de la justicia. *b)* Su realismo metódico, pues dice: «hay que ver las cosas con visión orgánica y compleja, ya que la vida jurídica es varia». *c)* Su sentido práctico prudencial, inseparable de un sentido ético y una capacidad de prever los resultados, con el fin de proteger los intereses humanos buenos, justos y socialmente útiles, así como las enseñanzas de la experiencia. *d)* Su atención a la tradición jurídica, considerada como una cosa viva y en íntima conexión con la evolución de la realidad social. *e)* Su seguimiento de la línea de la libertad civil y su atención a las costumbres. *f)* Y una gran facultad asimilativa de las concepciones jurídicas de su época.

7. ENCAJE ARMÓNICO DE LAS INSTITUCIONES EN CADA SISTEMA JURÍDICO

La estructura de todos los sistemas, como entramados orgánicos de instituciones jurídicas, tiene un fin general que es la realización de la justicia en todas sus formas –general y particular: distributiva, conmutativa y retributiva–, y unos fines particulares, atendiendo a

⁸¹ Para un análisis más amplio del derecho institucional como sistema de instituciones, cfr. *Metodología de las leyes*, 220, pp. 605-609.

⁸² *El que roman y el que cal reviuere del pensament de ROCA SASTRE*, R.J.C. XCIC, 2000, pp. 1043 in fine-1049.

las diversas circunstancias se forman al espíritu de cada pueblo. Éste, según Montesquieu –que empleó expresiones de origen inglés, *espíritu general* y *espíritu general de la nación*, correlativa a la empleada después por algunos de los denominados románticos alemanes, Hegel y la escuela histórica (nótese que Hegel emplearía en similar sentido *Volksgeit* y *Nationalgeist*)⁸³–, explica que el espíritu general lo forma «el clima, la religión, las leyes, las máximas de gobierno, las costumbres, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres, los hábitos»⁸⁴; y añade: «A medida que una de estas causas actúa con más fuerza las otras ceden otro tanto»⁸⁵.

Al sistema, como entramado orgánico de las instituciones jurídicas para la realización de los fines de cada pueblo, deben adecuarse las formas que tratan de traducirlo, es decir, lo que hoy denominamos ordenamiento jurídico positivo. También lo supo comprender Montesquieu, al decir⁸⁶ que las leyes deben «tener relación con la naturaleza física [*le physique*] del país; al clima helado, ardiente o templado, a la calidad de la tierra, a su situación, a su tamaño; al género de vida de los pueblos, labradores, cazadores o pastores; deben hallarse en relación con el grado de libertad que la constitución puede soportar; a la religión de sus habitantes; a sus inclinaciones, a su riqueza, a la densidad de su población, a su comercio, a sus costumbres, a sus hábitos sociales».

Por esa relación con la naturaleza física del país, Gregorio de Altube, contemplando la tierra Llana de Vizcaya –donde la ley escrita no encorseta los hábitos y las costumbres–, pudo enunciar: «*El paisaje como fuente del derecho*», poniéndolo por título a una conferencia, lamentablemente inédita, que pronunció en la Academia Matritense del Notariado, en la que explica *por qué y cómo* es así en esa tierra.

De ahí dimana la importancia que tiene el encaje armónico de las instituciones –cauce y límite– de unas y otras entre sí– en cada sistema, el cual tiene su adecuación al ser de cada pueblo, y, a él, el de las normas legales. Este encaje lo refiere Aizpun Santafé⁸⁷ al

⁸³ Cfr. FERRATER MORA, *Diccionario* cit. Voz «Espíritu del pueblo», pp. 1014 s. Y, en cuanto a su origen inglés en LORD BOLINGBROKE, cfr. Joseph DEDIEU, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Paris 1909, reimpreso en Ginebra, Slatkine Reprints, 1971, cap. IX-II, p. 272. Lo recojo, añadiendo otras citas, en *Montesquieu. Leyes, gobiernos y poderes*, VI, 4, pp. 203 ss.

⁸⁴ MONTESQUIEU, E. L. XIX, IV, 1.

⁸⁵ *Ibid.*, 2.

⁸⁶ *Ibid.*, I, III, 14, inciso 1.

⁸⁷ Rafael AIZPUN SANTAFÉ, «Ideas generales de las instituciones forales», en *Curso de derecho foral navarro*, I, Pamplona, Gráficas Iruña, 1918, p. 16.

derecho navarro, al mostrar que cumple su misión «siempre de acuerdo con sus finalidades básicas». En ese encaje, las instituciones adecuan su función de regular acertadamente la vida social, jurídica y económica, de acuerdo con la geografía, costumbres, formación cultural e ideas dominantes. Esa diversidad de encajes y funciones, a veces presenta algunas variaciones entre unos y otros de esos sistemas en los que el paisaje es fuente del derecho, e incluso donde rige el mismo derecho, ofrece ciertas peculiaridades diferenciadoras de una a otra comarca o población.

Voy a poner como ejemplos del encaje de esas diversidades, observables en los sistemas especiales o forales de derecho civil de los pueblos hispánicos que, secularmente, con un régimen de libertad civil, han tratado de conservar las explotaciones rurales en la misma familia.

Pero que también sirve para mantener la unidad de explotación de pequeñas y medianas industrias, no sólo rurales –como molinos, serrerías, herrerías– sino también urbanas. Tema abordado en el foro general del Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en París el año 1979, que trató de la transmisión *mortis causa* de las pequeñas y medianas empresas. E incluso de las constituidas en forma de sociedades familiares, cuestión abordada, un año después, por Luis María Vallet Mas⁸⁸; y que yo mismo he tratado, mostrando las grandes dificultades que para esto presenta el *Código civil* con su legítima larga⁸⁹.

Los medios empleados en estos derechos para la indicada finalidad básica tiene mucho de común en todos ellos. Pero cada sistema ofrece bastantes variantes que, todas ellas, se adecuan al conjunto de sus instituciones peculiares, tal como están ajustadas entre sí las distintas piezas de un reloj en movimiento.

Medio común a todas son: las capitulaciones matrimoniales con los contratos sucesorios –heredamientos, donación *propter nuptias*, petrucios, *espolits*, *definició*, etc.– que como principal función tienen la que ahora nos ocupa. La libertad de testar, más o menos plena, también actúa como una de las piezas esenciales en todos esos sistemas, en los que la continuidad de la casa y de la explotación de que se sirve y a la que sirve se deja al arbitrio de la libertad civil del cabeza de familia titular o del fiduciario o fiduciarios por él designados. El adecuado uso de esa libertad ha sido destacado

⁸⁸ Luis María VALLET MAS, *El empresario creador y el futuro de la empresa*, A.A.M.N. XXIV, pp. 193-250.

⁸⁹ *Constitución testamentaria de sociedad anónima entre descendientes del causante en el derecho común español*, 5, 5-6, A.A.M.N. 30-1.º, pp. 577-578.

por Joaquín Costa⁹⁰, hablando del Alto Aragón, por Uriarte y Lebario⁹¹, refiriéndose al territorio de Ayala, y por Martín Ballester⁹², al tratar de la casa aragonesa.

También se combinan y armonizan de diversos modos los regímenes económico matrimoniales –incluso en el Alto Aragón con la fórmula del *casamiento de casa*–, los usufructos viduales del tipo de regencia⁹³ ya sean legales o voluntariamente pactados en capítulos matrimoniales o dejados en testamento –a veces asegurados en Cataluña y en Baleares con alguna opción compensatoria de la legítima– y con diversos empleos de la fiducia. Especialmente en el derecho civil vasco, el comisario o el alkar poderoso actúan como piezas fundamentales, de una parte, para evitar que la comunicación foral de bienes escinda el patrimonio solariego y, de otra, para dejar de hecho al cónyuge viudo el usufructo de regencia del patrimonio hereditario.

III. ASPECTO FUNCIONAL O DINÁMICO DEL SISTEMA DE CADA PAÍS

8. PERSPECTIVA INTRODUCTORIA

Hemos visto⁹⁴, al tratar del sistema estructuralmente considerado, que cada sistema, por más abierto que se halle, se circunscribe a cada país con derecho propio. En otras palabras cada país con derecho peculiar tiene su sistema jurídico. Ahora nos corresponde su examen funcional o dinámico, centrándolos: sea en un sistema autocreador de normas, sea en un sistema de acciones, sea en un sistema institucional de hechos jurídicos o, en fin, en un sistema dinámico de relaciones jurídicas; aunque es evidente que, dada nuestra posición metodológica realista, del mismo modo que al tratar del sistema estructuralmente considerado hemos optado por un sistema de instituciones jurídicas, aquí –ya lo anticipo– opto por un

⁹⁰ Joaquín COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular en España*, I, Alto Aragón, cap. IV; cfr. 2.ª ed., Barcelona 1885, p. 81.

⁹¹ Luis M.ª URIARTE y LEBARIO, *Fuero de Ayala*, Madrid, Hijos de M. G. Hernández 1912, cap. VII, pp. 177 ss.

⁹² Luis MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, *La casa en derecho aragonés*, Zaragoza, E. Berdejo, Casa Ed. 1944, cap. I, 10, pp. 330.

⁹³ Cfr. Joan MARTÍ I MIRALLES, *Principis del dret successori*, 6.ª lectura, 5.ª fórmula, Barcelona, La Renaixença, 1925, pp. 235-264; y Juan GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, *Donna et domina. potens et usufructuaria*, A.D.F. II, Pamplona 1976-1977, pp. 97-322; y mis observaciones en *Parte sistemática*, 243, pp. 1275-1279.

⁹⁴ *Supra*, 4, B.

sistema de hechos jurídicos que cabe completar con una visión sistemática del aspecto dinámico de las relaciones jurídicas. Aquí, por el orden enunciado, efectuaré de ellos un examen sucesivo. Pero antes debemos observar lo que en cada sistema jurídico podemos llamar su sistema externo y su sistema interno.

9. SISTEMA EXTERNO Y SISTEMA INTERNO DEL DERECHO

Philipp Heck⁹⁵, al enfocar su jurisprudencia de intereses, entendió que la actividad cognitiva para la obtención del fin normativo, por de pronto, tiene un objeto dúplice. «Por una parte hay que precisar el derecho aplicable, pero no sólo desde el punto de vista del contenido de las nociones normativas decisivas. Más bien hay que pedir con especial énfasis que la ciencia estudie y destaque las valoraciones de la ley, el fundamento de intereses de las determinaciones legales. Todo precepto jurídico debe examinarse desde el punto de vista de su contenido en intereses. En segundo lugar, hay que exigir también que la ciencia jurídica estudie la vida, las situaciones y las necesidades vitales, la acción del derecho en la vida, la faz funcional de los institutos jurídicos».

Y añade: «En el énfasis puesto por la investigación de intereses en el conocimiento del derecho y de la vida se encuentra el núcleo justificable de la exigencia de una ciencia sociológica del derecho que completará la dogmática jurídica».

Comprende Heck⁹⁶ que esto repercute en la «ordenación sistemática» de la ciencia jurídica, en la prestación de una «labor sistematizadora», con una «consideración funcional de los institutos» que muestre «la conexión del derecho con los intereses vitales».

Ahí tenemos una visión de la ciencia del derecho en la que, al lado del sistema interno del derecho, se muestra como complemento necesario su sistema externo. Éste lo considera integrado Heck en la sociología del derecho. En cambio esa doble perspectiva yo la observo de otro modo. El sistema externo lo considero previo al sistema interno, el cual se desarrolla y construye en el seno de aquél que excede de la sola sociología del derecho.

Pienso, como Renard⁹⁷, que «el orden jurídico se remonta al orden moral y, más allá, al orden metafísico y al religioso». Según

⁹⁵ Philipp HECK, *Des problem der Rechtsgewinnung* (1912), III, d. 1.ª; cfr. ed. en castellano *El problema de la creación del derecho*, prologado por J. PUIG BRUTAU, Barcelona, Ariel, 1961, pp. 82 s.

⁹⁶ *Ibid.*, 2, pp. 84 s.

⁹⁷ Georges RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Paris, Sirey 1927, conf. 10.ª, I, pp. 350 ss.

él entiende: «El orden jurídico es un excelente lugar para considerar el orden universal». Hacia arriba del orden jurídico observa el orden moral y más arriba el metafísico y religioso, y hacia abajo observa un empalme del orden jurídico con el orden físico y biológico y, sobre todo, con la economía política.

En la segunda semana de julio de 1991 cumplí el encargo de dirigir el curso *La independencia de la función judicial* en los «Cursos de verano» de la Universidad Complutense en El Escorial; y me pareció preciso que, inmediatamente después de mi exposición inaugural, un romanista de la máxima categoría, como es Juan Miquel, se ocupara de explicarnos el enunciado principio del *aislamiento* de la jurisprudencia roma⁹⁸. Terminó su lección con una importantísima precisión, basada en la distinción –formulada por Heck– entre *sistema interno* y *sistema externo* del derecho. Ve aquél en Roma como el sistema propiamente jurídico, que constituye un conjunto unitario, bien acotado, aislado de las otras manifestaciones de la vida social. Pero ese *aislamiento* es relativo pues con él concurre un sistema romano externo. Tal relatividad del aislamiento del sistema interno del derecho la explica Miquel con dos símiles, de los cuales, el segundo me parece especialmente revelador. Compara la esfera interna del derecho con una célula, dotada de su membrana que la aísla del medio que la circunda, pero sin impermeabilizarla. A través de esa membrana porosa, por ósmosis se produce un intercambio continuo y, justamente, en esta polarización hacia lo exterior de la célula, ésta, a través de la membrana, capta los jugos nutricios que son la expresión de la vida misma.

Este símil me hace pensar en la definición de la jurisprudencia formulada por Ulpiano⁹⁹. La *divinarum et humanarum rerum notitiae* –según entiendo el símil– se halla al exterior de la célula, forma parte su sistema externo, del que la membrana filtra y la célula capta, para que, recogida su noticia, pueda ser elaborada la *iusti atque iniusti scientia* en el sistema interno, donde los jurisconsultos desarrollan su labor propia; no los teólogos, filósofos, científicos, sociólogos, políticos, economistas ni tecnócratas.

La relación entre el sistema interno y el sistema externo la veremos más claramente al enfocar el sistema en la dinámica de las relaciones jurídicas.

⁹⁸ Juan MIQUEL, *El aislamiento de la jurisprudencia romana* (lección inédita).

⁹⁹ ULPIANO, *Dig.* 1,1,40 § 2.

10. SISTEMA FORMAL Y AUTOCREADOR DE NORMAS (DE KANT A KELSEN)

Si, al tratar del sistema en su aspecto estructural, tuvimos que examinar la pertinencia de considerarlo como sistema de normas materiales –conforme pretendió el positivismo legalista–, ahora al ocuparnos del sistema en su aspecto funcional debemos, ante todo, considerar si cabe entenderlo como un sistema formal y autocreador de normas, según lo concibió Kant.

Fue Hans Kelsen quien, de un modo tan genial como alejado de la realidad del derecho, trataría en vano de salvaguardar, bajo su perspectiva, el carácter científico del derecho reduciendo su contemplación al aspecto de puro mandato coactivo de la norma, con lo cual acentuaría el formalismo kantiano. Con esta perspectiva, a partir de 1933, trataría de reducir el objeto de la ciencia del derecho a la *pura forma* de «un aparato coactivo que, en sí mismo considerado, carece de todo valor ético o político»¹⁰⁰; que no pertenece a la naturaleza, en tanto ésta está regida por el principio de *causalidad*, mientras el derecho lo está por el de *imputación*¹⁰¹; que es independiente de la moral y de la justicia, a la que considera «como un ideal irracional» –subjetiva por su carga emocional– que, por tanto, «no es accesible al conocimiento»¹⁰². Su legitimación depende sólo de que proceda del órgano competente, según el orden escalonado que forma la pirámide jurídica, en cuyo vértice se halla la constitución vigente¹⁰³. En esa línea –como ha escrito el traductor al italiano de su última obra¹⁰⁴–, Kelsen viene a desembocar en un irracionalismo normativo.

La causa principal del irracionalismo jurídico de Kelsen es su escepticismo. Lo muestra claramente al no admitir¹⁰⁵ la existencia de otras normas sino las causales –que rigen en la naturaleza material–, y las volitivas; por lo cuál, rechaza que puedan existir normas de derecho natural, del que –dice– se «apoya, consciente o incons-

¹⁰⁰ HANS KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la razón pura del derecho*, 14; cfr. vers. en castellano de LEGAZ LACAMBRA, Madrid, Ed. Rev. Dr. Priv., p. 28.

¹⁰¹ KELSEN, *Teoría pura del derecho*, III, 18; cfr., 2.ª versión, ed. trad. al castellano, México, Universidad Autónoma, 1983, pp. 90 s.

¹⁰² *Ibid.*, *El método de...*, II, 8, pp. 18 ss.

¹⁰³ *Ibid.*, *Teoría pura...*, VIII, 45 s., pp. 349 ss.

¹⁰⁴ LOSANO, *Introducción*, a la traducción italiana de la *Teoría generale delle norme*, Torino, Einaudi, Ed., 1985, p. XXX. También Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Ante la teoría pura del derecho*, 16, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, pp. 114 ss. De KELSEN me he ocupado, especialmente en *Voluntarismo y formalismo en el derecho*, Joaquín Costa antípoda de Kelsen, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas 1986.

¹⁰⁵ KELSEN, *Teoría general de las normas*, 1; cfr. en castellano, México, Ed. Treilles, 1994, pp. 21 ss.

cientemente, en un fundamento metafísico-teológico». A la par que Hume, afirma él: «a partir de algo que es o no es, no se puede concluir lo que ese algo debe ser o no ser». Por eso, en los argumentos del iusnaturalismo realista no sabe ver sino la creencia de que aquello que habitualmente sucede es la norma de lo que debe ser, sin percatarse, o no querer admitir, que el juicio del sentido y la razón naturales acerca de los hechos –que él no entiende– no va por tan pedestre camino.

«De hecho –escribía Kelsen en 1932¹⁰⁶–, la causa de la democracia aparecería desesperada si se partiera de la idea de que puede accederse a verdades y captar valores absolutos.»

Me he ocupado repetidamente¹⁰⁷ de Kelsen y, en el primer volumen de mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, efectuó una síntesis de cómo él define y explica qué es el derecho¹⁰⁸. No voy a repetirlo y allí remito al lector; pero sí recordaré los enunciados de su tesis¹⁰⁹ y me entretendré un poco reconsiderando lo referente al sistema formal de la pirámide jurídica kelseniana autocreadora de normas.

Esos enunciados kelsenianos se refieren: al punto de apoyo de su tesis; a la naturaleza coactiva de las normas que la componen, y a la entrega de su funcionalidad al Estado que, como monopolio de la fuerza, se identifica con el derecho, según su concepción.

a) La pirámide de Kelsen no se apoya en una base sino en su vértice superior, la constitución del Estado, que constituye la cúspide de la que ella cuelga. A su vez, tiene su fundamento en la constitución anterior, y sucesivamente hasta llegar a la primera de su serie histórica, o en la última revolucionariamente implantada –por eso ironizó Kulischer¹¹⁰ que «el Estado es la última revolución que ha triunfado».

Pero el mismo Kelsen¹¹¹ reconoce que, al llegar a la primera constitución, ésta no puede apoyarse en una «norma impuesta por autoridad jurídica»; y, por eso, acude a «una norma presupuesta». Así se sale fuera de su sistema, aunque pretenda justificarse afir-

¹⁰⁶ *Ibid.*, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, cap. X, Paris, Sirey, 1932, p. 110.

¹⁰⁷ *Voluntarismo y formalismo en el derecho*, Joaquín Costa *antípoda de Kelsen*, 11-17, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986, pp. 44-70; *Metodología de la determinación del derecho*, I, *Perspectiva histórica*, 271 b, pp. 981 ss., y II *Parte sistemática*, 58, pp. 291 s., y 130, pp. 674-680; Hans Kelsen, *Teoría General del derecho y el Estado*, I Parte, I, A, a; cfr. ed. en castellano, México, U.N.A.M., 1979, p. 3.

¹⁰⁸ *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 145, pp. 857-862.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 145, pp. 862-868.

¹¹⁰ KULISCHER, *Les sources de droit positif*, Annales de l'Institut Internationale de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1934, p. 165, cita de Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1951, cap. I, 8, p. 165.

¹¹¹ Kelsen, *Teoría pura...*, V, 34, a, pp. 207 ss.

mando sorprendentemente que con «la presuposición de la norma fundante básica (*Grundnorm*) no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo», sino, simplemente, «se presupone “como norma fundante básica”, que uno debe comportarse como la constitución prescribe».

Nota Federico de Castro ¹¹² que el intento acometido por Kelsen de separar la teoría del derecho positivo de la realidad social conlleva, paradójicamente, la consecuencia de elevarse a la esfera de lo *meta-jurídico*, puesto que la norma hipotética originaria, en la que reside «la unidad lógica del sistema», consiste en una «norma no establecida sino meramente supuesta». Y Antonio Hernández Gil ¹¹³ ha resaltado que la norma originaria o fundamental «parece contradecir los cánones del positivismo», y «es fácil y hasta obligado pensar que estamos en los dominios del máximo idealismo»; es decir, «implica una desviación del postulado positivista, para desembocar en un idealismo lógico trascendente».

b) El derecho según Kelsen es tan sólo un artefacto formal que opera mecánicamente de modo meramente coactivo, compuesto de normas que él denomina «primarias», que son las que imponen una sanción cuando la correspondiente norma «secundaria» —como denomina a las de contenido material— es incumplida, independientemente de cual sea el contenido de ésta. Es decir, todo el derecho material, elaborado desde Roma hasta hoy, se halla fuera de lo que Kelsen considera como derecho.

Por eso, F. González Vicén ¹¹⁴ dice que, con el formalismo kelseniano, «la ciencia jurídica del positivismo abandona lo más original y fecundo de su punto de partida, la noción de derecho como realidad histórica concreta, y pasa a entenderlo como un *compositum*, como una yuxtaposición de dos elementos dispares: un elemento variable y contingente constituido por los elementos normativos, y otro, permanente e idéntico, por la estructura formal de la normación. Sólo este último predicado en sí separado de toda realidad jurídica es susceptible de un conocimiento de carácter general, mientras que la materia jurídica queda como un resto irreductible al margen del conocimiento jurídico en sentido estricto».

Y Hernández Gil ¹¹⁵ ha explicado que ese formalismo «toma de lo dado, no su total contenido, sino la armazón conceptual o estruc-

¹¹² F. DE CASTRO, *Parte general*, vol. 1, cap. 1, II, 5, p. 34.

¹¹³ A. HERNÁNDEZ GIL, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1982 (discurso inaugural de Corso), pp. 74 ss. y 94.

¹¹⁴ Felipe GONZÁLEZ VICÉN, «Sobre el positivismo jurídico», en sus *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, p. 172.

¹¹⁵ A. HERNÁNDEZ GIL, *loc. últ. cit.*, pp. 65 s.

tura». Al diferenciar *forma y contenido*, «todo lo extraño a la forma, corresponderá al contenido material, y serán los “supuestos de hecho” objeto de estudio por la ciencia jurídica tradicional o dogmática. Pero [...] no serán derecho según la teoría pura».

c) De ese modo, en la concepción de Kelsen, derecho y Estado se confunden; pues, según él ¹¹⁶, el Estado es una «organización política» en cuanto «orden que regula el monopolio de fuerza», siendo así que el derecho es «orden coactivo». Por eso, afirma: «El poder político es la eficacia de un orden coactivo que se reconoce como derecho. Es incorrecto describir el Estado como “un poder detrás del derecho”, pues esta frase sugiere la existencia de dos entidades separadas allí donde sólo hay una, a saber, el orden jurídico. El dualismo Estado y derecho es una duplicación superflua de los objetos de nuestro conocimiento y resulta de la tendencia a personificar e hipostasiar nuestras personificaciones».

Por eso se opone a la consideración de que el Estado «crea el derecho, su derecho, para luego someterse al mismo» ¹¹⁷.

Es curiosa la analogía explicativa, propuesta por el propio Kelsen ¹¹⁸, entre «el panteísmo que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural» y «la identificación del Estado con el derecho». Contemplando esta identidad, considera que «la tentativa de legitimar al Estado, como Estado de “derecho”, se descubre enteramente inadecuada», ya que «todo Estado es un orden jurídico», y «el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con ello. Entonces, cabe concebir el Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo» ¹¹⁹.

Se ha dicho ¹²⁰ que, conforme Kelsen, cuanto ordena el Estado se convierte en derecho, como el rey Midas convertía en oro cuanto tocaba. Pero observo una diferencia: el oro era extrínseco a Midas, mientras que para Kelsen el derecho se confunde con el Estado, del mismo modo que, según el panteísmo, Dios y el mundo se identifican. Todos los totalitarismos quedan así jurídicamente justificados.

Creo que si Jhering resucitase y se enterara de la tesis de Kelsen se escandalizaría. Él incluso rechazaba que el sistema funcional de

¹¹⁶ KELSEN, *Teoría general del derecho y el Estado*, II, I, A, c, pp. 226 ss.

¹¹⁷ *Ibid.*, *La teoría pura...*, VI, 40, pp. 289 s.

¹¹⁸ *Ibid.*, 41, e, p. 320.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 320 ss.

¹²⁰ Cfr. MARTYNIAK, *Le probleme de l'unité des fondements de la theorie du droit de Kelsen*, Arch. Ph. du Dr. et Soc. Jur., 1937, 1-2, p. 174, y Paul ROUBIER *op. y loc. últ. cit.*, p. 64, que lo ha recordado.

la ciencia del derecho —con todas sus aplicaciones teóricas y prácticas— esté integrado por normas legisladas, sino que lo consideraba integrado por el conjunto de las definiciones de las instituciones una vez estructuradas lógicamente en un sistema. Este sistema —dice¹²¹— «no es una cuestión de gusto individual, ni resulta de la colocación científica de los materiales, sino que es la obra del derecho mismo».

11. SISTEMA DE ACCIONES

Si, como ha afirmado el romanista Álvaro d'Ors¹²² «derecho es lo que aprueban los jueces», y, tanto más si, como había explicado el juez Holmes¹²³: «Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho y no otra cosa más ambiciosa, es lo que se entiende por derecho», resultará que, en caso de que podamos hablar de un aspecto funcional del sistema jurídico, éste estaría constituido por el entramado de las acciones cuyo ejercicio provoca que jueces y tribunales digan qué es derecho.

Precisamente otro ilustre romanista, Ursicino Álvarez Suárez¹²⁴ objetó: «No veo testimonios bastantes para poder afirmar que la idea de *ius* nació sólo en la esfera procesal, designando la posición determinada de una persona que ha sido considerada lícita por el juez. Y ello, en primer término, porque, tanto en las fórmulas procesales más antiguas (por ejemplo, *la legis actio sacramento*) como en las fórmulas rituales de los negocios primitivos (por ejemplo, la de *la mancipatio*), aparece *ius* como algo anterior al proceso; en segundo lugar, porque el juez, para emitir su sentencia, tiene que inspirarse y aplicar unos determinados criterios preexistentes a su

¹²¹ R. VON JHERING, *op. últ. cit.* § III, 3, pp. 51-56.

¹²² Álvaro d'ORS, *De la «prudentia iuris» a la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Inf. Jur., 1947, pp. 74-82; *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, Ateneo, Madrid, 1952, p. 15, especialmente; «Para una interpretación realista del artículo 6.º del Código civil español», en *Studi in onore de E. Betti*, 1, 1961, pp. 119-126; *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, en especial p. 14; *Principios para una teoría realista del derecho*, A.F.D., 1, 1965, pp. 301-330; *Derecho es lo que aprueban los jueces*, en ATLANTIDA, 45, 1970, o en *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1973, pp. 45 ss., y, más recientemente, «Le droit. Tout ce qu'a-prouvent les juges», en *Droits*, 10, 1989, pp. 51 s.

¹²³ James OLIVER HOLMES, «The path of law», recogido en *Collected Papers*, 1920, p. 173 (cita de H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, cap. 1, 1, f. 2; cf. en castellano Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 1 s. y 10).

¹²⁴ Ursicino ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1966, (discurso de ingreso), Conclusiones, 4.º, pp. 166 s. En el tercia entre las posiciones del *legal realist* y de Álvaro d'ORS, y la crítica de ésta por Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La ciencia libre del derecho ¿es fuente primaria del derecho?*, A.D.C. I-II, 1948, pp. 565-580).

“juicio”; y, para mí, esos principios y criterios son “ya” derecho; en tercer lugar, porque justamente en derecho romano, al menos hasta la época postclásica, no tuvo valor alguno, o lo tuvo en escasa medida, el precedente judicial; es decir, utilizando terminología actual, la jurisprudencia no tuvo valor alguno como fuente del derecho [advirtamos que este argumento no tiene valor frente la tesis de d’Ors, ni la de Holmes, porque, para ellos, sólo cada fallo concreto es derecho], y sí lo tuvo, en cambio, el precedente de otros *responsa* de jurisconsultos anteriores para con su *auctoritas* reforzar el dictamen, generalmente sin razonamientos justificativos del juriconsulto que ahora lo emitía, y, en cuarto lugar, por último, porque esa teoría, según la cual sólo existe *ius* cuando el juez reconoce la licitud de una determinada situación o actuación, descansa en un sentido “patológico” del derecho, negando la calidad de jurídicas a todas aquellas relaciones que se desenvuelven de modo normal, sin dar lugar al planteamiento de cuestión litigiosa alguna».

Para clarificar aún más esta cuestión, creo que puede resultar útil recordar lo que los maestros romanistas Max Kaser y el mismo d’Ors dicen con referencia a esta cuestión al hablar del sistema jurídico romano.

Kaser¹²⁵ habla del sistema como estructuración de la materia jurídica privada y ordenación suya –que, dice, no existió en Roma hasta Gayo–. No obstante puede interesar aquí el siguiente inciso que extraemos: «El edicto pretorio está construido sobre la base del derecho procesal (ordenamiento y seguridad de la introducción del proceso; protección jurídica; protección jurídica rápida; ejecución; apéndice; interdictos; excepciones; estipulaciones pretorias).»

Y Álvaro d’Ors, en los distintos lugares de su *Derecho privado romano* donde se ocupa de los diversos sistemas que en el derecho romano observa antes del gayano, efectúa algunas indicaciones que ciertamente son de utilidad para el tema que examinamos, mostrándonos que en el derecho romano clásico, el sistema en su aspecto estructural comprende algo más que acciones.

En efecto, al hablar del sistema de Quintus Mucius Scaevola, «el Pontífice», dice¹²⁶ que, éste en su obra, «seguía el siguiente orden de materias: herencia (testamentos, desheredación, aceptación de herencia, legados y sucesión intestada), personas (matrimonio, tutela, *statu liberi*, patria potestad, esclavitud, libertos, administradores), cosas (posesión y usucapión, *non usus* y *usucapio*

¹²⁵ M. KASER, *Derecho romano privado*, § 2, III, pp. 23 s.

¹²⁶ A. D’ORS, *Derecho privado romano*, § 30, p. 58.

libertatis) y obligaciones (mutuo, venta, aprendamiento, servidumbres, sociedad, mandato, delitos)».

Cuando trata del orden seguido por Marsurio Sabino ¹²⁷ explica: «La primera parte sigue siendo [como en Scaevola] la de la herencia (testamentos, desheredación, aceptación de la herencia, sucesión intestada y legados); la segunda, la de personas; en cambio, la tercera es la de obligaciones (compraventa y mancipación, sociedad, *actio rei uxoriae*, *actio tutelae*, obligaciones delictuales, hurtos, daños y *damnum infectum*, lesiones, *condictio*, vicios redhubitorios, *nomina transcriptionis* y estipulaciones) y la cuarta, la de cosas (adquisición de la propiedad, servidumbres, *fiducia postliminium*).»

En fin, acerca del orden del Edicto Perpetuo, explica ¹²⁸: «Tras una parte introductiva con distintos edictos sobre la tramitación de litigios, seguía la parte más extensa con las distintas acciones relativas a la propiedad, los negocios crediticios, los contratos, la tutela, el hurto, etc., la tercera parte es sobre el derecho pretorio de las herencias y otras materias, la cuarta sobre ejecución de las sentencias judiciales y la quinta sobre interdictos y estipulaciones pretorias» [...]. «El Edicto contenía también las fórmulas de acciones civiles, pero para ellas no hacía falta el edicto especial por el que se anunciaban las acciones u otros expedientes netamente pretorios. Por eso los *iudicia bonae fidei*, que son civiles, no tienen ningún edicto que los anuncie».

Concluye explicando: «El Edicto constituye un ordenamiento paralelo al *ius civile*, al que suple y a veces rectifica, sin alterarlo, pues el Edicto no es fuente del *ius (civile)*, sino un ordenamiento de hecho».

Como vemos, ciertamente el sistema del Edicto es un sistema de acciones, pero ni siquiera comprende las del *ius civile*, y menos aún todo el sistema funcional del derecho romano. El sistema de Q. M. Scaevola, el Pontífice, es sistema de instituciones en parte estructurales y en parte funcionales. Y el sistema de Sabino, posterior al del Edicto Perpetuo, incluye a la vez acciones, actos y negocios jurídicos.

Es decir, ni siquiera en el derecho romano el sistema en su aspecto funcional es un sistema sólo de acciones sino también de hechos jurídicos tanto civiles como procesales.

De modo general, lo mismo podemos decir del derecho de hoy. Ya Eugen Ehrlich ¹²⁹, en la segunda década del siglo XX, advertía

¹²⁷ *Ibid.*, § 44, p. 76, y § 460, pp. 523 s.

¹²⁸ *Ibid.*, § 38, pp. 71 s.

¹²⁹ Eugen EHRlich, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*, cap. XX, 2-5; cfr. ed. en italiano *I fondamenti della sociologia del diritto*, pp. 593-603.

que el derecho vivo se halla no sólo en la jurisprudencia judicial, en lo contencioso, sino así mismo en los acontecimientos reales que se encuentran en su base; y, además, en los que se desarrollan fuera de ella: «Sólo una pequeña parte de la vida real es llevada ante los tribunales o a otros órganos de autoridad» –dice–, y, además, las mismas relaciones jurídicas que son llevadas a lo contencioso «muestran sus trazos alterados». Lo cual no ocurre en las relaciones jurídicas no controvertidas. Es decir, Ehrlich contempla plenamente el derecho vivo, en la «vida real», en «lo concreto», en las costumbres, en los actos de última voluntad, en los contratos, en los usos comerciales.

Ahí tenemos una visión sociológica del derecho que, si la queremos observar desde la perspectiva jurídica de la ciencia expositiva y explicativa del derecho, es preciso exponerlo y explicarlo sistemáticamente, tanto en su aspecto estructural –como ya hemos hecho¹³⁰– cual en su aspecto funcional o dinámico, del que ahora nos ocupamos.

Es cierto que –como hemos repasado en el primer tomo de mi tercera *Metodología*¹³¹– Oscar von Bülow y Hermann Kantorowicz entendieron que la creación del derecho es obrada por la sentencia del juez, que –según el segundo¹³²– es creadora del *derecho libre*. Pero, como bella y ajustadamente ha escrito Antonio Hernández Gil¹³³: «lo judicialmente resuelto no agota el ser, la vida, ni el concepto del derecho. Los jueces y tribunales discernen lo justo conforme a derecho. Pero es incomparablemente mayor el derecho que se realiza de un modo espontáneo o sin pronunciamientos jurisdiccionales. Hacer pasar el derecho necesariamente por una sentencia, reputándola el único medio de conocerlo y definirlo, es tanto como hacer pasar la salud por el diagnóstico del médico, sólo cuando el médico dice que estoy sano, tengo salud. Pero en cuanto lo ha dicho se crea la incógnita para el futuro».

Por lo tanto, es evidente que, del mismo modo que en la *Metodología de la determinación del derecho* hemos diferenciado la determinación negocial del derecho¹³⁴ y la determinación conflic-

¹³⁰ Cfr. *supra*, 1.7.

¹³¹ *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 160, pp. 927-929.

¹³² Hermann KANTOROWICZ, «Der Kampf um die Rechtswissenschaft» (1996) B, I, 1; cfr. en castellano «La lucha por la ciencia del derecho», en Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 332 ss.

¹³³ Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico* 14, D, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1982 (discurso inaugural), p. 93, o en *Obras completas*, vol. I, p. 218.

¹³⁴ *Parte sistemática*, 199-248, pp. 1041-1300.

tual del derecho ¹³⁵, aquí debemos contemplar bajo ambos aspectos la perspectiva funcional o dinámica del sistema jurídico. Es decir, hemos de observar lo más sistemáticamente posible aquel complejo de hechos, actos y negocios jurídicos que conducen a la determinación negocial del derecho, así como el ejercicio de las acciones y la tramitación de los procedimientos encaminados a la determinación conflictual del derecho.

Al ocuparnos de las clases de instituciones jurídicas, después de advertir que todas ellas tienen un aspecto estructural y otro funcional, advertimos ¹³⁶ que en unas el aspecto funcional o dinámico tiene especial trascendencia, en cuanto producen el tránsito de una situación inicial a otra situación final. Allí explicamos, y repetimos aquí, que son hechos jurídicos institucionalizados, como lo es la sucesión y lo están todos aquellos hechos, actos y negocios jurídicos que, en cualquiera de los elementos de la situación inicial sobre la cual operan, producen algún cambio: sea el de alguno o ambos sujetos (v. gr., el comprador ocupa el lugar del vendedor); el de dar entrada a otro sujeto (v. gr., un usufructuario, un arrendatario, un acreedor); el de modificar el objeto (aluvión, avulsión, incendio, ruina, p. e.) o bien el contenido de la relación, que amplían, reducen, o alteran; o bien la extinguen (v. gr., con el pago de la deuda, la cancelación de una servidumbre, de una hipoteca, etc.).

Ese referido estudio lo terminamos tratando de las instituciones jurídicas formales, las instituciones de publicidad y las instituciones procedimentales ¹³⁷. En él advierto que éstas son instituciones adjetivas, al servicio de las relaciones e instituciones sustantivas, y que tienen por objeto velar por el respeto debido a éstas y por su adecuado funcionamiento.

Unas tienen por finalidad dotar de forma jurídica a los actos y negocios jurídicos, e incluso constatar la realización de hechos que producen efectos jurídicos. Las segundas tratan simplemente de dotar de publicidad respecto de tercero a la constatación de hechos y a la formalización de los negocios jurídicos. Y las terceras instituciones son procedimentales y su objeto es dotar de operatividad, seguridad y certeza a los procesos, cualquiera que sea su clase, requeridos para el correcto funcionamiento de todo tipo de relaciones o para la consecución extrajudicial o judicial de su finalidad.

Esas instituciones aquí clasificadas en primer y tercer lugar, como funcionales, sirven en cada sistema jurídico, respectivamen-

¹³⁵ *Ibid.*, 249-272, pp. 1301-1438.

¹³⁶ *Las instituciones jurídicas*, III, A, 29.

¹³⁷ *Ibid.*, III, 4, pp. 41-45.

te, para cumplir la función dinámica de determinar negocialmente lo que es derecho, la *res iusta*, y conflictualmente lo que se discute si es derecho, es decir, *quod iustum et aequum est*. Esto constituye la temática que conviene enfocar por separado de modo específico.

12. SISTEMA DE HECHOS

La dinámica funcional de todo sistema jurídico está integrada por los hechos jurídicos que lo hacen actuar, y que se dirigen a la determinación del derecho, sea negocial o bien conflictualmente.

Aquí tratamos de observar el sistema funcionalmente considerado que formen los hechos.

Si la perspectiva del sistema formal autocreador de normas, que hemos examinado en primer lugar, es obra ideada por Hans Kelsen, la del sistema de hechos jurídicos es un hallazgo de Joaquín Costa en la vida real del derecho. Por eso, en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas¹³⁸, me atreví a contraponer, como antípodas, a Kelsen y Costa.

La definición del hecho jurídico que expone Costa¹³⁹ ofrece amplios linderos. Él mismo lo advierte al decir que toma «como sinónimos derecho positivo, o histórico, y hecho (*lato sensu*), que debajo de este mismo nombre comprende las leyes o las costumbres y los hechos causados en virtud de ellas, porque si, respecto de los hechos y relaciones individuales, la ley es la regla individual que los encierra todos dentro de sí por modo virtual, enfrente del derecho racional y eterno no es, a su vez, la ley sino como un hecho mayor»¹⁴⁰.

Esta definición costiana del derecho se contrapone a la kelseniana, que lo identifica: de una parte, con el sistema de normas encerradas en su pirámide jurídica que imponen una sanción; y, de otra, con el mismo Estado, como organización política que detenta constitucionalmente el monopolio de la fuerza.

La antítesis entre las concepciones de H. Kelsen y Joaquín Costa no se limita únicamente a esa contraposición, sino que impli-

¹³⁸ *Voluntarismo y formalismo en el derecho. Joaquín Costa antípoda de Kelsen*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1986.

¹³⁹ Joaquín COSTA, *La vida del derecho*, 10, p. 83.

¹⁴⁰ Acerca de la concepción que tuvo COSTA del hecho jurídico, además de lo que expuse en el referido discurso de ingreso, me he ocupado específicamente en *Metodología de las leyes*, 89, pp. 210 ss., y 188, p. 252, textos correspondientes a las notas 17 y 18; *Perspectiva histórica*, 265, pp. 947-953, y *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 133, pp. 792-798.

ca bastantes más contraposiciones, todas fundamentales ¹⁴¹, como son las siguientes:

1.º El mundo jurídico kelseniano se reduce a *un sistema de normas*, que no son sino mandatos positivos emanados del aparato oficial del Estado, que imponen coactivamente una sanción. Por el contrario, según la perspectiva del altoaragonés, la vida jurídica se concreta en la actividad personal realizadora de *hechos jurídicos* que, para merecer tal calificación, deben consistir en una aplicación a una realidad histórica, vivida por el hombre, en cada caso concreto, de los principios del derecho natural y eterno, ya se trate de hechos simples o bien de hechos normativos.

2.º Según el fundador de la *teoría pura del derecho*, la voluntad creadora de cada norma no tiene más requisitos que el –meramente formal– de emanar del órgano legalmente competente, según el orden jurídico escalonado establecido en la constitución del Estado de que se trate.

Para el polígrafo aragonés, cada hecho jurídico requiere una operación racional –de cuya corrección sustancial dependerá la validez de aquél–, y que, para ser racional, ha de reunir un fundamento ético, un correcto funcionamiento psico-físico de su sujeto activo y una repercusión biológico-social, enraizada en el humus de la tradición histórica del propio pueblo.

3.º Con sus presupuestos ideales, le resulta muy simple a Kelsen, convertir todo el derecho a un aparato ordenador, cerrado, en forma de pirámide, en la que jerarquiza todos los mandatos coactivos sancionadores, a los que sólo por su procedencia recibe y da paso, cualquiera que sea su contenido.

Por el contrario, al ser el derecho –según Costa–, «forma racional de la vida entera», no cabe encerrarlo en sistema normativo alguno, por complicado que sea, como no cabe poner puertas a la vida, que no cabe en ordenador alguno si no se la mutila y disecciona, ni en ningún cerebro humano, puesto que a todos los excede, y sólo en la medida de lo posible puede alcanzarse a comprenderla y racionalizarla en lo concreto, adecuando medios estimados lícitos a fines buenos. Por eso, las formas positivas no pueden ser cerradas. Incluso, comprende Costa que, en caso de decaer en cierto grado de corrupción la *comunidad social*, un poder político sano podrá recurrir, sin salirse del derecho, al remedio extraordinario de la dictadura; o, a la inversa, es lícita la desobediencia civil e incluso, a una comunidad social, saludable la resistencia activa y, en último térmi-

¹⁴¹ Las expongo en *Voluntarismo y formalismo...*, cit., 44, conclusiones b a g; pp. 165-167, de donde extraigo cuanto expongo en el texto a continuación.

no, la revolución, como remedio extremo frente a un poder político opresivo o injusto.

En cambio, para Kelsen, sólo de la soberanía absoluta del Estado dimana el sistema de mandatos formalmente positivos que constituyen el derecho, confundándose derecho y Estado, hasta tal punto que resulta redundante hablar de «Estado de derecho». Costa estima contrariamente que el derecho debe ser captado y vivido racionalmente por los hombres, y es alumbrado, mediante el juicio de éstos, en las esferas respectivas de las sociedades humanas, en las cuales se desarrolla —desde el individuo, la familia, el municipio, etc., hasta la del Estado político superior—. Cada una de ellas tiene un ámbito de competencia propia y exclusiva. Además distingue Costa, en el ámbito del Estado político, el derecho producido artísticamente por sus órganos oficiales y el emanado de uno o varios individuos, asumiendo su representación espontánea con la que inician la creación de costumbres.

Así el derecho emanado de la vida desborda en todas direcciones, la forma y la estructura de la pirámide jurídica, ideada por la teoría del derecho puro.

4.º Kelsen entiende que el derecho tiene carácter imperativo y sancionador. En cambio, según Costa, debe distinguirse: un derecho *necesario*, imperativo, en cuyo ámbito el derecho natural debe moldear al derecho positivo, como requisito esencial para la validez de éste; y un derecho *voluntario*, en cuyo campo el individuo, la familia, el municipio, en un régimen de libertad civil, con sus hechos jurídicos positivizan su derecho en el respectivo ámbito de competencia.

La formulación de ese derecho voluntario, en su respectivo ámbito social, tiene como base y punto de partida el principio *standum est chartae*, y, en lo no expresamente previsto por los interesados, el *standum est consuetudini* para establecer el derecho supletorio con carácter prelativo al legislado.

5.º El orden escalonado de la pirámide jurídica kelseniana impone irremediabilmente al pueblo la *voluntad* de cada uno de los organismos jurídicos oficiales, en el respectivo ámbito formal constitucionalmente impuesto. En cambio, en la concepción costiana es obra de la sociedad la realización de los hechos jurídicos, incluso de los normativos. La sociedad, en sus diversas esferas naturales, los lleva a efecto, ya sea de modo directo, anergálicamente, ya por representación adventicia o espontánea, o bien a través de sus órganos oficiales. Pero, en ese caso, como ocurre con el mandato en derecho civil, el poder del mandatario no excluye ni limita las facul-

tades de su mandante, sino que se halla sometido a la voluntad de éste, en el cumplimiento de su cometido ¹⁴².

Este último aspecto de la concepción de Costa, la explica cumplidamente él mismo ¹⁴³:

«La sociedad es un organismo compuesto, todo él, de protocélulas, y, por tanto, todas sustantivas, todas dotadas de unidad, de causalidad propia, de propia finalidad, y, en suma, de individualidad; son seres completos, incondicionados en cuanto a su existencia, que viven una vida propia independiente y separada de la vida de los demás»; «en la sociedad no existen deutero-células», es decir, «células secundarias que carecen de significación por sí mismas» como las que integran los individuos; «todas son centro de vida independientes».

De ahí, extrae estas consecuencias: 1.º las necesidades jurídicas se localizan en tales o cuales de los miembros de la sociedad; y, «como éstos poseen una actividad propia, incomunicable, distinta de la de los demás y no ligada inmediatamente a ella, pueden satisfacer por sí aquellas necesidades, sin que el cuerpo social entero se ponga en movimiento»; y, «2.º no existiendo continuidad, adherencia de partes, masa plena y continua, tejidos en el cuerpo social; no siendo la sociedad a modo de una individualidad gigante —no tiene un cerebro para pensar, ni una voluntad simple e indivisa para querer, ni una fantasía para dar forma sensible a lo pensado y querido, ni un brazo para encarnar y traducir en formas sensibles lo ideado e informado interiormente—: no puede ser agente directo de sus hechos, no puede crear reglas consuetudinarias *colectivamente*». Ha de valerse «del pensamiento, de la voluntad, de la fantasía» de los individuos que la componen —que «son seres acabados, incondicionales, racionales y libres»—; «para concebir y dar vida exterior a sus concepciones jurídicas le es forzoso, en suma, obrar por representación. El individuo es, por tanto, órgano necesario de la vida colectiva, así en el derecho escrito como en el consuetudinario»[...]«la vida social es siempre *mediata*, se realiza *mediante* órganos individuales».

El *derecho popular* «no es tal porque sea parto directo del pueblo, ni se circunscribe tampoco a formas inferiores del derecho positivo; es popular porque está inspirado en el sentimiento jurídico del pueblo, porque su autor se impersonaliza, se despoja de su indi-

¹⁴² COSTA, *La vida del derecho*, 20, p. 148.

¹⁴³ Joaquín COSTA, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, 14, pp. 132 ss.

vidualidad para absorberse en el espíritu del todo, y abraza lo mismo la costumbre que la ley y el Código».

La diferencia entre *derecho popular* y *derecho erudito* radica en la clase de *representación* que asumen los individuos que formulan el derecho, según sea *adverticia* y *espontánea* –fundamento de la costumbre– o bien *oficial* y *reflexiva*.

«Es espontánea la representación cuando uno cualquiera de los miembros que componen la sociedad sin delegación, tácita ni expresa, obra como obrarían en su caso todos los demás; cuando su propósito responde al propósito de la generalidad; cuando la regla que informa en sus hechos interpreta y traduce, a la par que su convicción personal jurídica en aquella relación, la convicción común de la sociedad; cuando en esos hechos se ve retratada, y pueden darse hechos sociales porque se declaran todos y cada uno solidarios de ellos y reconocen su justicia, y siempre que se les presente la ocasión o la necesidad de contraer el mismo género de relaciones, procederán de idéntica manera»[...]. «La colectividad está entera en cada individuo, habla por su boca, obra por su mano, sin que el individuo ni la colectividad lo sepan ni lo quieran»[...]«por eso es espontánea»; «no naciendo la representación sino de la contemporaneidad, en que cada individuo vive con los restantes dentro del todo de la comunidad y concordancia existente entre la situación de cada uno y la de los demás».

No constituye una imperfección de la sociedad –dice Costa¹⁴⁴– sino que, al contrario, constituye una de las posibilidades que más la favorecen el hecho de que, además de poder actuar por sus órganos oficiales, también actúe espontáneamente, por órganos adverticios. «Aquella parte del cuerpo social donde primeramente se manifiesta una necesidad» o «aquel individuo que primeramente la sintió, ejecuta todas las funciones que conducen a su satisfacción, adaptando y apropiando el fin a los medios que le son adecuados»; de modo tal que, cuando otros sientan la misma necesidad, «se lanzarán por el camino que aquéllos le abrieron, y todo el trabajo intelectual que hubieran consumido a no haberles precedido otros, lo aplican a otro género de actos»; y «mediante esta distribución de trabajo resulta más rápido el progreso de la humanidad»¹⁴⁵.

Los hechos jurídicos individuales –según dice Costa¹⁴⁶– pueden ser progresivos –es decir, encadenados por una relación de evolución–, o bien *homogéneos* –es decir coincidentes con «otra serie

¹⁴⁴ *Ibid.*, 138.

¹⁴⁵ Esta afirmación ha sido reactualizada por Friedrich A. HAYEK, como recuerdo en *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 133, nota 343, p. 795.

¹⁴⁶ COSTA, *Teoría del hecho*, 14, pp. 134 ss.

de actos también homogéneos», por ser una misma la necesidad sentida e iguales «los medios con que ha de acudir a satisfacerla». En general, todos estos hechos contienen dos elementos: uno transitorio, y otro permanente. El segundo expresa «la ley de homología de cada hecho con los demás de la serie», y «esto que tienen de común y de permanente todos esos hechos, ese plan uniforme que ha presidido a su formación, es la regla consuetudinaria, es la costumbre».

Ahora bien, los hechos individuales, en la realidad social, pueden resultar a los de otros individuos —explica minuciosamente Costa¹⁴⁷— de tres modos o formas fundamentales: opuestos, indiferentes o conformes. En ese tercer caso se produce una *contemporaneidad* de cada hombre con los demás, «en círculos más o menos extensos, en la familia, en la ciudad, en la nación, etc., o bien en agrupaciones de otra índole, sectas, partidos, iglesias, escuelas, ligas, etc.», mediante las cuales, cada hombre «puede ponerse en comunicación individual con los demás».

Respecto de la realización de los hechos jurídicos singulares también explica minuciosamente Costa su génesis y su realización, comenzando por el tránsito del fin potencial a la necesidad, y explica¹⁴⁸ que los fines «permanecen en estado de potencialidad e indiferencia mientras no toman la forma de *necesidades*. Cuando una excitación anterior o interior los despierta, el equilibrio del sujeto se ha roto; de indiferente se ha hecho inestable; el fin no permanece ya, como antes, inactivo; se ha trocado en vivo acicate que, con más o menos apremio, solicita la atención del sujeto, antes distraído, y lo estimula a obrar. El sujeto siente un apetito, un anhelo, un deseo, una tendencia impulsiva, primeramente vaga o indefinida, algún tanto más determinada después, y por último plenamente conocida y sometida de todo en todo al imperio de la voluntad».

Ahí comienzan y se van desarrollando sucesivamente el propósito, con la concepción elemental unitaria del plan de *deliberación o discusión*¹⁴⁹ y su resolución o plan¹⁵⁰ que Costa va estudiando detenidamente.

A ellos les sigue la *comunicación del propósito del plan a otros individuos*, cuando el plan no es puramente individual. Costa explica¹⁵¹ que, en ese caso, «el propósito o el plan del iniciador ha de buscar su complemento en una función nueva, que es como una

¹⁴⁷ *Ibid.*, 40, p. 36.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 39, pp. 320 ss.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 26, pp. 204 ss. *Ibid.*, 27, pp. 206 s.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 28, pp. 208 ss.

¹⁵¹ *Ibid.*, 29, pp. 217 ss.

reproducción de todos los momentos», que interiormente ha seguido el primer sujeto: «la comunicación, el debate y el común acuerdo».

Si se trata de una convención sinalagmática entre dos personas, a la comunicación del plan sigue una deliberación interior de cada una de las dos personas acerca del hecho propuesto, que forman juicio de su necesidad y de sus términos; deliberan en común exponiendo las respectivas razones y objeciones, hasta llegar a un acuerdo acerca del plan más adecuado.

Entrando en el examen de las *condiciones previas esenciales* para la realización del plan, Costa¹⁵² desgrana primero estas dos cuestiones: 1.º *existencia y posesión del medio*, 2.º *facultad de obrar*. Las examina detenidamente dentro del ámbito de la libertad civil, en el campo del derecho voluntario, y advierte del debido respeto al derecho necesario.

Después, se ocupa además de precisar la *unión material efectiva del fin y los medios*¹⁵³ y de cómo operarla: «Planteados ya los términos del hecho jurídico, puesta en movimiento la actividad ejecutiva y en libre comunicación el espíritu con la naturaleza, la proyección exterior del hecho elaborado interiormente obedece a las mismas leyes que rigen toda manifestación espiritual. La significación sustancial del hecho cumplido se funda exclusivamente en la necesidad racional que mediante el propio hecho se satisface; y estriba toda entera, por tanto, en la aplicación efectiva de los medios al fin».

No existe para ello –dice– una forma de aplicación esencial, sino que puede revestirse con formas diversas: «*directa*, lógica, elemental», o bien *indirecta*, «mediante otras palabras y otros hechos que tengan con ellos una relación distinta de la lógica y natural, una relación derivada, tipológica», formas que «pueden referirse a aquello que se trata de significar».

Esa referencia a los hechos jurídicos, individuales o sinalagmáticos, la concluye el polígrafo altoaragonés ocupándose del *recíproco influjo del hecho y su plan*¹⁵⁴.

«El hecho externo es una manifestación visible y el signo material de una relación de la voluntad; debe existir, por tanto, concordancia entre esta resolución y aquel hecho.»

La ejecución del hecho puede efectuarse «en un instante, sin posible rectificación», o, también, «en una sucesión de momentos y consiguiente esbozo o bosquejo preliminar, o bien se obra de una

¹⁵² *Ibid.*, 30-34, pp. 232-295.

¹⁵³ *Ibid.*, 35, pp. 295 ss.

¹⁵⁴ *Ibid.*, 36, pp. 203 ss.

vez, pero sin que sus resultados sean fatales, y puede anularse rectificarse y reproducirse con la misma prontitud».

Por otra parte, al tratar de dar existencia objetiva al hecho –sigue Costa–, «puede tropezar el agente con dos géneros de dificultad: 1.º obstáculos exteriores, que la naturaleza opone a las manifestaciones de la voluntad, o lo que es igual, a la realización del plan concluido; 2.º obstáculos interiores que oponen a la verdad y a la justicia de la resolución un conocimiento defectuoso. La traza o imagen del hecho se encuentra acabada en la fantasía; pero, ¡cuán difícil es proyectar un calco de ella sobre el lienzo de la realidad! Como toda forma interior, creada fuera del influjo de la accidentalidad (natural o histórica), reviste caracteres de indecisión y vaguedad, es extraño a todo lo que sea pormenor, y no ostenta aquella individualidad que resplandece en las formas exteriores y que sólo la ejecución puede darle».

A su vez, «el elemento exterior es esencial e integrante, tiene sustantividad, no es elemento meramente expresivo del interior».

El plan, al cual ha venido refiriéndose Costa, «sólo es definitivo relativamente –dice él– en cuanto pone punto final al trabajo de composición interior, y sirve de punto inicial y de partida a la ejecución exterior; pero, con respecto a la ejecución misma, es plan provisional, pues, en tanto dura aquélla, se mantiene éste en un estado de continua reelaboración; pudiendo decirse con verdad que el hecho interior y el exterior, o de otro modo, el hecho subjetivo y el objetivo acaban en el mismo punto».

A medida que este plan se realiza y vivifica e individualiza fuera del sujeto, a éste se le hace más claro y perceptible, haciéndosele la visión del objeto, «por decirlo así, doble», tiene de él «dos imágenes, la del hecho tal como originariamente lo concibió y la del hecho tal como de la ejecución resulta». Así compara «una visión con otra, y, por efecto de esa comparación, completa el plan en sus pormenores, lo perfecciona, lo desarrolla, lo retoca y enmienda, acaso lo rehace, e imprime nueva dirección a la actividad ejecutiva».

«Tal vez [el sujeto] había entendido –sigue líneas más adelante– que la necesidad jurídica era de ésta o la otra naturaleza, y requería tales o cuales medios, o que tales medios le eran homogéneos, mas al aplicarlos, encuentra que la necesidad no queda satisfecha, que acaso en vez de aquietarse se irrita y agrava más y más, y tiene que apresurarse a revisar el plan, y a mudarlo, o a introducir alteraciones más o menos profundas en el adoptado desde un principio. De este modo, el hecho interior y el exterior mantienen entre sí un comercio incesante y recíproco, sirviéndole de instrumento y de intermediario la especulación y la experiencia».

No ignora Costa que en todo este proceso formativo de los hechos jurídicos, ya sean éstos individuales –unilaterales o plurilaterales– o bien sociales, el pueblo tiene necesidad de guías, consejeros y asesores jurídicos; y, así, dice: «En ninguna parte como en estos países de libertad civil y de derecho consuetudinario –explica hablando de Aragón¹⁵⁵– es una verdad el dicho de Castro “que tanto vale el derecho cuanto los notarios quieren que valga”, y una necesidad imperiosa el que vivan éstos en intimidad de relaciones con el pueblo para quien ejercen, conozcan hasta sus más ocultos resortes que mueven a las familias y determinan los actos de la vida común, se penetren de cuán importante y delicado es su ministerio, y lo ejerzan con la misma religiosidad que si estuvieran investidos de carácter sacerdotal y como quien echa sobre sí, en el desempeño de su función, gravísimas responsabilidades morales».

Eso es así tanto en elaboración de hechos jurídicos individuales –ya sean unilaterales o plurilaterales– como en la de hechos sociales consuetudinarios, en todos los cuales tal labor es guiada por notarios, principalmente, o por abogados asesores, y, en ella, se configuran instituciones o bien se perfilan, matizan o modifican. Esto lo hemos visto en el segundo volumen de *Metodología de la determinación del derecho*, así como de qué modo jueces y tribunales tratan de corregir sus posibles irregularidades que conducen a resultados que resulten injustos¹⁵⁶.

A la metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho le compete observar esta labor conformadora, analizarla, ordenarla sistemáticamente. Le corresponde observar, analizar y ordenar ese proceso dinámico del sistema jurídico institucional observado en su aspecto funcional. Esta es la tarea que efectúo en los cuatro capítulos finales del último volumen de mi *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*.

13. SISTEMA DINÁMICO DE RELACIONES JURÍDICAS

El sistema de hechos jurídicos puede observarse, tal vez mejor, sistematizándolo en un sistema dinámico de relaciones jurídicas a las que pone en acción.

¹⁵⁵ *Ibid.*, Prólogo del vol. I de la obra colectiva por él dirigida, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, I, *Alto Aragón*; cfr. 2.ª ed., Barcelona, Miguel Soler, 1885, pp. 5 s.

¹⁵⁶ *II Parte sistemática*, 205-207, pp. 1067-1073, y 217-219, pp. 1134-1155.

En mi tercera Metodología al ocuparme de las relaciones jurídicas, después de referirme a su contemplación fotográfica¹⁵⁷, advertí que, a la par de ésta, conviene observarlas en una visión cinematográfica, o sea captando el movimiento de esas relaciones, en su dinámica, y anticipé que esta dinámica se traduce en los hechos jurídicos.

Ahora bien, partiendo de que para clasificar los hechos es conveniente seguir el orden sistemático de las instituciones jurídicas en las cuales estos hechos operan, así mismo –como acabamos de recordar– en el aspecto jurídico funcional de las relaciones jurídicas también pueden ordenarse de otro modo los hechos, atendiendo a las funciones que se efectúan de manera adecuada dentro de su respectivo ámbito relacional. Este orden dinámico relacional también se integra en el sistema interno del derecho, pero éste es vivido en el seno de su sistema externo que, por todas partes, le envuelve.

Esta perspectiva –entiendo yo– la ha expuesto, muy certeramente, Alfredo Montoya¹⁵⁸, con referencia a las relaciones laborales, poniéndolas en relación con las «relaciones humanas» vividas en cada empresa y en el ámbito de la que se denomina «cultura de empresa».

«En esta nueva concepción de las relaciones laborales en la empresa –dice Montoya–, tiene lugar una “integración de lo económico y social con la ética”, y de este modo las valoraciones éticas aparecen bajo los estándares o paradigmas del “buen empresario” y el “buen trabajador”, llamados a entenderse más que a enfrentarse, dada la existencia de una “comunidad de objetivos y de intereses” entre ambos.»

«Resulta de ello un acusado contraste entre el objeto de investigación en este dominio de juristas, de un lado, y de sociólogos, psicólogos y economistas; contraste seguramente explicable por los condicionamientos ideológicos (críticos en la superficie, acríticos en el fondo) que en esta materia vienen pesando sobre algunos estudiosos del derecho del trabajo.

»Lo que seguramente compete hacer al laboralista del siglo XXI es proyectar su atención hacia lo que es presupuesto indispensable el conocimiento (siquiera somero) de las tendencias que la sociología y la psicología industriales, la ciencia de los recursos humanos

¹⁵⁷ *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, I, *Ordenación sistemática*, vol. I, 112, pp. 576 s.

¹⁵⁸ Alfredo MONTOYA, *La buena fe en el derecho del trabajo*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia 2001 (discurso de ingreso), III, 3, b, pp. 30-33.

y la propia economía del trabajo vienen estudiando desde hace años con intensidad y profusión de esfuerzos.

»Al jurista del trabajo compete en tal sentido investigar hasta qué punto esas modernas tendencias de interiorización por los trabajadores de los valores de la empresa se concilian o pueden chocar con la integridad de los derechos, los fundamentales en primer lugar, que esos trabajadores tienen garantizados en el sistema democrático de relaciones laborales. Pues, si entre los propios estudiosos de los “recursos humanos” se ha podido criticar la posibilidad de “efectos perversos” en las doctrinas de las “relaciones humanas” y sus derivaciones, nada más lógico que los juristas afinemos nuestro análisis para detectar posibles peligros de invasión de la esfera personal del trabajador por el sistema de ideas, creencias, valores y objetivos integrantes de la cultura de la empresa. Dicho en términos jurídicos, corresponde a la ciencia del derecho del trabajo determinar hasta qué punto el deber de buena fe del trabajador obliga a éste a asumir en bloque el que pudiéramos llamar ideario de la empresa; de cualquier empresa y no sólo de las llamadas “de tendencia ideológica”, en las que va de suyo la aceptación por los trabajadores vinculados al “desarrollo de los valores ideológicos” de estos valores. Y también corresponde a los estudiosos del derecho del trabajo precisar hasta qué punto el deber de buena fe del empresario veda a éste imponer a sus trabajadores ideas y pautas de conducta que se sitúen en la frontera entre el ámbito laboral y el de la intimidad personal, o que abiertamente pertenezcan a este último dominio. Pues, si algunas normas éticas integrantes de la cultura empresarial enlazan con naturalidad con principios consustanciales a la idea de derecho —así, el “respeto por los demás”—, otros criterios pueden resultar de más problemática aplicación, como ocurre con reglas contenidas en declaraciones empresariales de cultura como las de “decir lo que pensamos y hacer lo que decimos”, o “realizar nuestro trabajo con el mismo espíritu que tendríamos si se tratase de nuestra propia empresa o incluso de nuestra casa”, y como ocurre sobre todo en ciertas prácticas empresariales, como las desarrolladas actualmente en Silicon Valley, destinadas a producir un ser humano absolutamente laboralizado, cuyo tiempo libre es gestionado por la compañía mirando el interés de ésta, que además asume funciones de consultora familiar, psicológica y hasta religiosa; estas prácticas de integración se plasman también en las nuevas tendencias de formación *outdoor*, que persiguen la creación de un espíritu de confianza mutua a través de “juegos” en los que se asumen riesgos y objetivos en grupo.»

Ahí tenemos una perspectiva dinámica del sistema interno del derecho del trabajo puesto en relación con el sistema externo del mismo. Con ésta coexiste coetáneamente, también, otra relación de este sistema interno con el sistema general del derecho en su universalidad.

Aquí lo que interesa, y a ello se debe esta larga y sustanciosa cita, es tomar como ejemplo esta visión particularizada.

Por lo tanto, el sistema del derecho en su aspecto funcional es –como vemos– un sistema de hechos, pero también es, simultáneamente, un sistema de relaciones jurídicas observadas en su dinámica funcional, que se traduce en una serie de funciones en el entero campo del derecho. En ellas es preciso la actuación de profesionales de derecho que ejerzan la específica función que a cada una de ellas le compete.

Al científico le corresponde observarlas, exponerlas y explicarlas.

Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio

ANTONI VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universitat de Lleida

I. PRELIMINAR: LA INTEGRACIÓN DEL TESTAMENTO

La doctrina española suele referirse a la integración del testamento de una forma sucinta, sin abordar buena parte de la problemática que genera. Hay práctica unanimidad en su aceptación, pero haciendo hincapié en los peligros que puede encerrar. Dos normas de los derechos civiles autonómicos se refieren explícitamente a «interpretación e integración» del testamento: la ley 281.II Fuero Nuevo de Navarra y los artículos 133 y 145 Ley de Derecho Civil de Galicia, y en otros existen diversas normas integrativas. Por el contrario, la doctrina alemana ha prestado bastante más atención a la integración del testamento, en buena medida por la aparición de diversos supuestos con origen en alguno de los acontecimientos de su historia reciente. Me refiero, en concreto, a la reunificación alemana y al subsiguiente cambio de régimen político y económico en los territorios de la antigua República Democrática. Bajo el sistema comunista, la propiedad carecía de valor económico, y los testadores, en especial los que habían huido a la entonces República Federal, omitían toda referencia a sus abandonadas titularidades inmobiliarias por entender que no podían destinarlas eficazmente *mortis causa* o que, en el mejor de los casos, no tenían valor alguno. La restitución de la propiedad a sus antiguos dueños tras la reunificación alteró las previsiones de muchos testadores.

El caso más comentado en la doctrina ha sido el de la sentencia del Tribunal de Gießen de 14 de enero de 1992¹, con posterior revocación por el Tribunal de Apelación de Frankfurt de 19 de enero de 1993². La causante, en un testamento otorgado en 1964, instituyó heredera a su hija y le atribuyó el inmueble más valioso de la herencia; a su hijo le ordenó un legado de valor casi insignificante, pues entendía que ya había recibido en vida suficiente y su deseo era tratarlos por igual de modo que ambos acabaran percibiendo lo mismo. No hizo referencia alguna a los bienes que había dejado en el Este. Estas propiedades, ¿debían integrarse en la herencia y corresponder a la hija instituida heredera?³.

La integración del testamento deviene necesaria cuando existe una laguna en la declaración de voluntad testamentaria⁴. Una laguna en la declaración de voluntad testamentaria se produce como consecuencia de la imprevisión del cambio de circunstancias fácticas o por un desarrollo de dichas circunstancias distinto de lo previsto⁵ que provoca un resultado contrario a la planificación testamentaria, de modo que si el testador hubiera previsto tal cambio de circunstancias, el contenido de su testamento hubiera sido distinto, pues habría sido consciente que las cláusulas testamentarias no conseguirían la finalidad que con ellas se había propuesto alcanzar. Por esto es necesario que pueda conocerse el fin testamentario, ya sea porque expresamente el testador lo ha manifestado, ya sea porque puede colegirse del contenido de su declaración de última voluntad⁶. El cometido

¹ *Zeitschrift für das gesamte FamilienRecht (FamRZ)*, 1992, pp. 603-604. El tribunal optó por la anulación del testamento.

² *FamRZ*, 1993, p. 857. El tribunal revoca la sentencia y ordena que vuelva a fallarse sobre la base de la integración del testamento.

³ Hay que advertir que no toda la doctrina considera que estos supuestos puedan resolverse mediante la integración del testamento; en particular, Barbara GRUNEWALD, «Die Auswirkungen eines Irrtums über politische Entwicklungen in der DDR auf Testamente und Erbschaftsauslagungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 1208 ss.

⁴ El término *laguna* es utilizado para referirse a la integración del testamento por José PUIG BRUTAU, «La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *AAMN*, t. XIII, p. 519; Manuel GARCÍA AMIGO, «Interpretación del testamento», *RDP*, 1969, p. 968; José Luis LACRUZ *et al.*, *Sucesiones*, nueva edición preparada por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid, 2001, p. 217; Antonio ROMÁN GARCÍA, *Instituciones de derecho civil español VII. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1999, p. 158; Juan B. JORDANO BAREA, *El testamento y su interpretación*, Granada, 1999, p. 113; Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Interpretación y ejecución del testamento», en *Tratado de derecho civil de* <http://www.iustel.com>, epígrafe 1.4; Bernardo MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones*, Valencia, 2002, p. 647.

⁵ Ambos supuestos, en la doctrina española, en GARCÍA AMIGO, «Interpretación», p. 968.

⁶ Así, en la doctrina alemana, *J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*/Gerhard ORTE, Berlin, 1996¹³, vor § 2064, Rn. 87; Grunewald, «Die Auswirkungen», 1991, p. 1209; Andreas GERHARDS, *Ergänzende Testamentauslegung wegen postmortalen Ereignisse*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, p. 7; PALANDT/Wolfgang EDENHOFER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2001⁶⁰, § 2084, Rn. 9; Hans BROX, *Erbrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998¹⁷, p. 143; Michael RUDOLF, *Handbuch Testamentsauslegung und -anfechtung*, Bonn, 2000, p. 41. En la portuguesa, José DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Successões*, Coimbra, 2000⁵, p. 302.

de la integración consiste en determinar qué medios hubiera escogido el testador de haber contemplado las nuevas circunstancias a las que debe acomodarse su sucesión y, por consiguiente, eliminar la discrepancia entre medios y fin⁷, para de este modo contribuir a la más completa realización de la voluntad expresada en el testamento.

II. EL ARTÍCULO 132 CS: ANTECEDENTES Y *EXCURSUS* AL DERECHO COMPARADO

De entre las normas integrativas que se hallan esparcidas en el CS, el artículo 132 contiene una que, por lo que se refiere a España, carece de parangón en el Código civil y que sólo halla equivalente en la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones. Se trata de una norma destinada a regular los efectos que la crisis matrimonial subsiguiente al otorgamiento del testamento tienen para la cláusula de éste en que se instituye heredero al cónyuge, se ordena algún legado o se incluye alguna otra disposición a su favor. El precepto establece lo siguiente:

«La institució, el llegat i les altres disposicions ordenades a favor del cónjuge del testador es presumeixen revocades en els casos de nul·litat, divorci o separació judicial posteriors a l'atorgament i en els supòsits de separació de fet amb trencament de la unitat familiar per alguna de les causes que permeten la separació judicial o el divorci, o per consentiment mutu expressat formalment.

La disposició és eficaç si del context del testament, el codicil o la memòria testamentària resulta que el testador hauria ordenat la disposició de darrera voluntat a favor del cónjuge fins i tot en els casos esmentats a l'apartat anterior.

S'aplica als supòsits previstos en aquest article el que disposa l'article 335.»⁸

El precedente de esta norma se halla en el Proyecto de Com-pilación de 1955. Su artículo 253 regulaba en el primer párrafo

⁷ *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*/Dieter LEIPOLD, München, 1997³, § 2084, Rn. 39-40; Walter ERMAN/Michael SCHMIDT, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Münster, 1993⁹, § 2084, Rn. 7; STAUDINGER/OTTE, vor § 2064, Rn. 81, 82 y 87; Heinrich LANGE y Kurt KUCHINKE, *Erbrecht*, München, 2001⁵, pp. 738-739; GERHARDS, *Ergänzende*, pp. 9, 21-22. En la doctrina catalana, sin mencionar el concepto «integración», Lluís PUIG FERRIOL y Encarna ROCA TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, Valencia, 1998⁵, p. 194, admiten que «l'interpret pot esbrinar quines decisions hauria pogut adoptar el testador en cas d'haver tingut presents els esdeveniments que realment es donaren i que no apareixen esmentats en el testament».

⁸ Para el *iter* parlamentario del precepto, Ramón CASAS VALLÉS, «Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)», *ADC*, 1993, pp. 1752 ss.

las consecuencias del error en los motivos y de la causa ilícita en la institución de heredero y, a continuación, en su siguiente párrafo, señalaba que «[l]a institución de heredero dispuesta a favor del cónyuge del testador quedará ineficaz si se declara nulo o dispensado el matrimonio a instancia del testador, a menos que resulte comprobado que era otra su voluntad». Salvando aspectos técnicos a los que me referiré después y el diferente marco jurídico de las crisis matrimoniales, el principio que se contiene en estos dos preceptos es que la situación crítica y final del matrimonio posterior al otorgamiento del matrimonio se refleja en la institución de heredero del cónyuge o en el legado ordenado a su favor.

Sin embargo, ni el artículo 132 CC ni el artículo 253 Proyecto Compilación responden a la tradición jurídica catalana del artículo 1.2 CDCC, sino a la que en alguna otra ocasión he llamado la *otra* tradición catalana⁹. En efecto, el libro dedicado al derecho de sucesiones del Proyecto de Compilación de 1955 fue obra casi personal de Roca Sastre, quien por aquellas fechas estaba anotando la traducción española del *Derecho de Sucesiones* de Theodor Kipp. Sería muy interesante una investigación sobre los efectos de la que bien podría llamarse *segunda recepción del derecho romano en Cataluña*, esto es, la influencia desplegada por los pandectistas y los romanistas alemanes del siglo XIX y principios del XX a través de Duran i Bas, Borrell i Soler y, sin duda, Roca Sastre. Obviamente, tal empresa escapa a los objetivos de este trabajo, pero por lo menos en la materia que ahora me ocupa existe poco margen para la duda sobre la influencia del derecho alemán a través de Roca Sastre en el precedente del Proyecto de Compilación y, por ende, en el derecho vigente¹⁰.

⁹ Antoni VAQUER ALOY, *La comunitat hereditària i les obligacions del causant*, Barcelona, 1994, pp. 32 ss.

¹⁰ En el mismo sentido, CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1752. Hay que señalar que, en sus respectivas notas a Theodor KIPP, *Derecho de sucesiones*, en Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP y Martin WOLF, *Tratado de derecho civil. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Ramón María Roca Sastre. Segunda edición al cuidado de Luis Puig Ferriol y Fernando Badosa Coll*, Barcelona, 1976, p. 254, ROCA SASTRE negaba que pudiera aplicarse la solución del § 2077 BGB en el derecho español, «salvo empero cuando haya razón para entender que el motivo determinante de aquella disposición de última voluntad fue precisamente la consideración de que el favorecido era cónyuge o prometido del finado», propugnando por acudir a la teoría de la causa aplicada a las disposiciones testamentarias; y BADOSA COLL argumentaba con base en los entonces vigentes artículos 73.3 y 1333.3.º i.f. CC, considerando que la ineficacia de las atribuciones al ex-cónyuge de mala fe o al cónyuge declarado culpable serían efectos de las respectivas sentencias y no el resultado de la interpretación de la voluntad del testador.

1. EL § 2077 BGB¹¹

De acuerdo con el vigente § 2077 BGB, «[u]na disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara el que al tiempo de la muerte del cónyuge se hubiese producido el supuesto de separación del matrimonio y el cónyuge la hubiese solicitado o se hubiese conformado»¹². Este párrafo del Código civil alemán ha experimentado diversas modificaciones en su redacción. La primera fue mediante la ley sobre el matrimonio de 1938, que no se vio afectada por la reforma de 1946 del matrimonio; la ley de reforma del matrimonio y del derecho de familia de 1976, que entró en vigor el 1 de julio de 1977, introdujo la actual redacción, eliminando el principio de culpa en la crisis matrimonial como determinante respecto de los efectos sucesorios que se derivaran de ella¹³. La doctrina alemana se decanta ahora por entender que se trata de una regla integradora de la voluntad del testador¹⁴.

El fundamento del precepto se halla en la que se considera voluntad normal o media del testador que realiza alguna atribución *mortis causa* a su cónyuge, que es que siga siéndolo, con plenos

¹¹ Como precedentes cabe citar el *Allgemeines Landrecht* prusiano y el Código civil sajón. En el primero, el § 489 del libro II, título 1, disponía: «[w]enn die Ehe unter dem Wechselseitig testierenden Eheleuten durch Scheidung getrennt worden; so verliert das ganze wechselseitig Testament von selbst seine Gültigkeit»; se trataba, pues, de una previsión pensada para el testamento recíproco y cuya consecuencia jurídica, como señalaba F. C. KOCH, *Lehrbuch des Preussisches gemeinen Privatrechts*, Berlin, 1858³, t. II, p. 777, era que resultaba inválido el completo testamento. Por su parte, el § 2222 del Código civil de Sajonia de 1863 rezaba así: «eine letztwillige Verfügung eines Ehegatten zu Gunsten des anderen ist als widerrufen zu betrachten, wenn die Ehe für nichtig erklärt, oder in folge Anfechtung aufgelosen oder geschieden wird, oder die Ehegatten auf Lebenszeit von Tisch und Bette getrennt werden». Para Eduard SIEBENHAAR, *Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen*, t. III, Leipzig, 1869, p. 317, la *ratio* del precepto estaba clara: «wenn ein Ehegatte seinen Ehegatten Etwas letztwillig zuwendet, dieß muthmaßlich mit Rücksicht auf das eheliche Verhältnis und namentlich mit Rücksicht auf das dem Ehegatten gesetzlich zustehende Erbrecht geschehen ist».

¹² Traducción de Emilio EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado BGB*, Madrid, Barcelona, 1998.

¹³ Para más detalles, KIPP, *Derecho de sucesiones*, p. 249 (nota 6); STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 1-3. Sobre la última reforma que ha dado origen a la redacción vigente, Robert BATTES, «Die Änderung erbrechtlicher Vorschriften in Zusammenhang mit der Reform des Scheidungsrecht», *FamRZ*, 1977, pp. 433 ss.

¹⁴ STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 4; *Münchener Kommentar*/LEIPOLD, § 2077, Rn. 4; BROX, *Erbrecht*, p. 149. Como norma de interpretación sin más especificaciones la califican PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 1; Wilfried SCHLÜTER, *Erbrecht*, München, 2000⁴, p. 91. LANGE/KUCHINKE, *Erbrecht*, pp. 818-819, la tratan sin embargo dentro del capítulo dedicado a la ineficacia del testamento bajo la rúbrica «nulidad presunta según el § 2077».

efectos jurídicos, en el momento de su fallecimiento¹⁵. Por ello, la separación, el divorcio y la nulidad del matrimonio comportan que la cláusula a favor del cónyuge se convierta en ineficaz, tanto si se trata de la institución de heredero como de un legado, de forma automática¹⁶. Al cónyuge se equipara el prometido o prometida y, analógicamente, se aplica a los supuestos en que los padres instituyen herederos o ordenan legados a favor de su hijo o hija y su respectivo cónyuge¹⁷, pero no a los convivientes de hecho¹⁸. Es indiferente como haya designado el causante en su testamento a su cónyuge, si mediante esa denominación o por su nombre y apellidos¹⁹.

Sin embargo, la aplicación del § 2077 BGB no se impone a la voluntad del testador, sino que la disposición mantendrá su eficacia si se prueba que su intención hubiera sido igualmente la de favorecer a su cónyuge a pesar de la crisis matrimonial. Pero ello, en atención a las solemnidades propias del testamento, debe resultar de la propia declaración de voluntad testamentaria y, por tanto, de la intención del testador en el momento en que testó, de modo que, por ejemplo, las simples buenas relaciones entre los ex-cónyuges o los cónyuges separados no bastarían para sostener la eficacia de la cláusula²⁰; estas u otras circunstancias posteriores sólo pueden valorarse como prueba extrínseca en relación con la voluntad

¹⁵ KIPP, *Derecho de sucesiones*, p. 249; *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 6; PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 1; BROX, *Erbrecht*, p. 149.

¹⁶ STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 5; *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 10. Se destaca, en este sentido, la modificación del proyecto de la Segunda Comisión redactora del BGB en relación por el primer proyecto, que se ocupaba el problema como si se tratara de un supuesto de error en los motivos (tal como hizo sesenta años más tarde el proyecto de Compilación catalana) y concedía una acción para obtener la anulación del testamento, desechando expresamente la ineficacia automática (ello «geht zu weit und ist nicht geboten, da die Anfechtbarkeit der Verfügung den beteiligten ausreichenden Schutz gewährt», e imposibilitaría dar eficacia a una hipotética voluntad del testador de beneficiar a pesar de todo a su cónyuge separado o ex-cónyuge; véanse los *Motive* de la I Comisión en B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerliches Getezbuch für das deutsche Reich*, V Band, *Erbrecht*, Berlin, 1899, p. 29). La II Comisión, después de sopesar pros y contras, consideró que esta solución no era satisfactoria (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, V, Berlin, 1899, p. 51).

¹⁷ *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 5; STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 29 (también lo extiende a la institución como heredero o al legado a favor de parientes del ex-cónyuge, Rn. 26); PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 2; RUDOLF, *Handbuch*, p. 223.

¹⁸ *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 11; STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 25; PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 2; SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 91. Los argumentos que se barajan son que a diferencia del matrimonio faltaría el elemento del vínculo inicialmente duradero de la relación que sí existe en aquél debido al intercambio formal del consentimiento y que el precepto sólo contempla situaciones matrimoniales o cuando entre causante y persona favorecida ha mediado promesa matrimonial. OTTE y LEIPOLD creen que el recurso disponible es entonces la acción de nulidad por error en los motivos del § 2078.II BGB.

¹⁹ STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 6; SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 90.

²⁰ *Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 16-17; PALANDT/EDENHOFER, § 2077, Rn. 6; SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 91; RUDOLF, *Handbuch*, pp. 223 ss.

expresada en el testamento, sin que ellas mismas aisladas tengan valor en este sentido, por lo que aparece difícil poder evitar la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el legislador²¹. La prueba de esa voluntad del testador de querer realizar igualmente la disposición aun en caso de situación crítica y final del matrimonio corresponde, obviamente, a quien esté interesado en acreditar tal hecho para asegurar la eficacia de la disposición.

2. EL EFECTO DEL DIVORCIO SOBRE EL TESTAMENTO EN EL DERECHO INGLÉS²²

Los efectos del divorcio sobre el testamento en el derecho inglés han variado en función de la fecha de la muerte del testador. Hasta el 31.12.1982, el divorcio no producía efecto alguno, pues la *Wills Act* de 1837 no contenía previsión alguna al respecto. El 22 Informe del *Law Reform Committee* consideró que debía modificarse la ley, y mediante la *Administration of Justice Act* de 1982 se incluyó en su sección 18.A la siguiente norma, que traduzco al español:

«(1) Cuando, después que el causante haya otorgado su testamento, una sentencia de un tribunal con jurisdicción en Inglaterra y Gales disuelva o anule su matrimonio (...)

(b) cualquier atribución al ex-cónyuge será ineficaz, salvo que la voluntad contraria se manifieste en el testamento.»

Ésta no era la recomendación sugerida por el *Law Reform Committee*, y las consecuencias inesperadas de la previsión legal se dejaron sentir en el caso *Re Sinclair*²³. El Sr. Sinclair había otorgado un testamento en el cual dejaba todos sus bienes a su esposa, sustituyéndola en caso de premoriencia por la *Imperial Cancer*

²¹ Para Robert BATTES, «Zur Unwirksamkeit von Testamenten und Erbverträgen nach der Ehescheidung», *JuristenZeitung*, 1978, p. 736, la disposición a favor del cónyuge separado o divorciado sólo debería seguir siendo eficaz si, situada en el marco de las relaciones patrimoniales entre los ex-cónyuges, tal disposición todavía tiene sentido tras la separación, en la medida en que las atribuciones que se realizan entre sí marido y mujer suelen responder a una función objetiva. En este sentido, considera que el nuevo matrimonio del ex-cónyuge sería un elemento decisivo para negar eficacia a la disposición, pues difícilmente el testador la hubiera ordenado en el momento de testar si hubiera sabido que por lo menos en cuanto al probable uso se beneficiaría de ella la nueva pareja de su anterior cónyuge (p. 737).

²² La exposición que sigue se basa en *Williams on wills*. 8.ª ed. a cargo de C.H. SHERRIN *et al*, London-Dublin-Edinburgh, 2002, t. 1, pp. 504-505, y t. 2, pp. 1483-1484, y en Roger KERRIDGE, *Hawkins on the construction of wills*, London, 2000, pp. 413 ss.

²³ [1985] Ch. 446. La sentencia es valorada negativamente también en J. B. CLARK y J. G. ROSS MARTIN, *Theobald on wills*, London, 1993¹⁵, pp. 151-152.

Research Fund. Los Sinclair se divorciaron con posterioridad, sin que el Sr. Sinclair ni contrajera nuevas nupcias (lo que automáticamente hubiera revocado el testamento, de acuerdo con el derecho inglés) ni otorgara nuevo testamento. Fallecido el Sr. Sinclair, el tribunal entendió que la sección 18.A significaba –literalmente– que la cláusula «decaía» («any devise or bequeath to the former spouse shall lapse»), por lo que no habiendo premuerto la Sra. Sinclair a su ex-marido, la sustitución vulgar no entraba en juego, debiéndose abrir la sucesión intestada, en virtud de la cual devino heredero el hermano del Sr. Sinclair.

El resultado de la sentencia se consideró insatisfactorio, y se elevó consulta a la *Law Commission*. Ésta, en la línea del *Law Reform Committee*, propuso considerar al cónyuge divorciado, en la mayor parte de los supuestos, como *premuerto*. La recomendación se tradujo en una nueva redacción de la sección 18.A mediante la *Law Reform (Succession) Act* de 1995 –aplicable a las sucesiones de testadores fallecidos a partir del 1.1.1996–, que establece ahora que «los bienes, o cualquier derecho sobre ellos, dejados al ex-cónyuge, se destinarán como si éste hubiera fallecido, salvo que la voluntad contraria se manifieste en el testamento»²⁴. De esta manera, se evita una decisión como en *Re Sinclair*. Los autores indican que será realmente difícil que del testamento se deduzca la voluntad de querer la atribución incluso en el supuesto de divorcio posterior, señalando como prácticamente único supuesto imaginable el del testamento otorgado durante la tramitación del divorcio.

3. LA REVOCATION BY OPERATION OF THE LAW EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

La mayoría de los estados de los USA han promulgado disposiciones en virtud de las cuales en el supuesto de nulidad o divorcio del matrimonio quedan revocadas las disposiciones testamentarias ordenadas por los cónyuges a favor del otro miembro de la pareja.

²⁴ Esta era también la propuesta legislativa que para el derecho escocés formuló la Scottish Law Commission en su *Report (124) on Succession* (1990), recogiendo la insatisfacción producida en el derecho inglés por el desenlace del caso Sinclair. El término jurídico escogido es «revocación» («The effect of a revocation by divorce or annulment should be that the former spouse is deemed (...) to have failed to survive the deceased spouse»), a menos que el texto del testamento indique el deseo de beneficiar al cónyuge en cualquier caso. Sin embargo, la propuesta legislativa no ha sido implementada (véase Michael C. MESTON, *Meston's Succession Opinions*, ed. by David O'Donell, Edinburgh, 2000, p. 41).

Tanto es así que el *Uniform Probate Code*²⁵ dispone lo siguiente, que traduzco al castellano:

§ 2-804(b). «El divorcio o la nulidad del matrimonio (1) revoca cualquier (i) institución o disposición de bienes realizada por una persona divorciada a favor de su ex-cónyuge de carácter voluntario o legal y de carácter voluntario a un pariente del ex-cónyuge.»

(d) «Las disposiciones voluntarias producen el mismo efecto como si ex-cónyuge y sus parientes hubieran renunciado a ellas o, en el caso de designación como fiduciario o representante, hubieran muerto inmediatamente antes del divorcio o la nulidad.»

Sólo algunos pocos estados requieren que, además, medie un acuerdo de reparto de los bienes de los cónyuges²⁶. Únicamente se revoca la cláusula que favorece al ex-cónyuge, el testamento sigue siendo válido y eficaz en cuanto al resto de contenido. No se produce la revocación automática si en el testamento se dispone de otro modo, lo que se interpreta en el sentido que el testador aun previendo el divorcio desea no obstante beneficiar a su cónyuge²⁷. Tampoco si los cónyuges vuelven a casarse tras el divorcio²⁸. En cualquier caso, los estados carentes de legislación específica llegan a idéntico resultado por la vía de considerar que probablemente ningún consorte beneficiaría a su pareja si supiera que el matrimonio acabaría disuelto o anulado²⁹. En la última revisión, la *revocation by operation of law* se ha extendido a los parientes del ex-cónyuge³⁰.

²⁵ Se trata de un *restatement* que comprende el derecho sucesorio (*probate* designa el procedimiento judicial para atestiguar la validez y la autenticidad de un testamento), aprobado en 1969 y que desde entonces ha sufrido distintas modificaciones. Hasta 2001 había sido aceptado como derecho vigente por 16 estados y otros varios se habían inspirado en él para elaborar su propia legislación. Véase, al respecto, Lawrence H. AVERILL Jr., *Uniform Probate Code in a Nutshell*, St. Paul, Minn., 2001⁵, pp. 1 ss.

²⁶ Jesse DUKEMINIER y Stanley M. JOHANSON, *Wills, trusts and estates*, Boston-Toronto-London, 1990, p. 244; Eugene F. SCOLES, Edward C. HALBACH, Jr., Ronald C. LINK y Patricia GILCHRIST ROBERTS, *Problems and materials on decedents' estates and trusts*, New York, 2000⁶, p. 232.

²⁷ AVERILL Jr., *Uniform Probate Code*, p. 236. Para William M. MCGOVERN, Sheldon F. KURZ y Jan ELLEN REIN, *Wills, Trusts and Estates*, St. Paul, Minn., 1988, p. 221, al exigirse que del testamento se desprenda la voluntad del testador de mantener la eficacia de la disposición, no debe admitirse prueba extrínseca al respecto.

²⁸ La simple separación no tendría efecto revocatorio, según AVERILL Jr., *Uniform Probate Code*, p. 237.

²⁹ Así, MCGOVERN/KURZ/REIN, *Wills*, p. 221, citan la sentencia *Estate of Liles*, 435 A 2d 379 (D.C. App. 1981), de la que transcriben el siguiente fragmento: «it is so rare and so unusual for a testator to desire or intend that his divorced spouse should benefit under his will [that he must] make that extraordinary desire and intention manifest by a formal republication of his will».

³⁰ Sobre esta reforma, Lawrence W. WAGGONER, «Spousal rights in our multiple-marriage society: The revised Uniform Probate Code», *Real Property, Probate & Trust Journal*, 1992, pp. 683 ss.

4. EL DERECHO SUECO

De acuerdo con el artículo 11:6 Ärvdabalken (Código de Sucesiones), si un cónyuge ha testado a favor de su otro cónyuge, el testamento es ineficaz si el matrimonio ha sido disuelto en el momento de la muerte del testador, o si la acción de divorcio había sido interpuesta a su muerte. Lo mismo resulta de aplicación en el caso de convivientes de hecho, si la cohabitación se ha extinguido en el momento de la muerte del testador. La ineficacia afecta sólo a la cláusula que contiene la institución o el legado a favor del cónyuge, y se trata de una mera presunción que no se aplica si se demuestra que era otra la voluntad del testador, es decir, si del testamento se desprende que incluso en tal supuesto el testador habría realizado la atribución, por aplicación del artículo 11:1 que otorga primacía en la interpretación del testamento a la voluntad verdadera del causante ³¹.

5. EL DERECHO PORTUGUÉS

El artículo 2317.d del CC portugués, en su redacción otorgada por el *Decreto-Lei* núm. 496/77, contempla como causa de *caducidad*³² de las disposiciones testamentarias el siguiente supuesto: «Se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada ou que tenha que transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente à quela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento».

II. EL ARTÍCULO 132 CS: ¿INTEGRACIÓN O REVOCACIÓN?

El artículo 132 establece, según los términos en los que está redactado, una «presunción de revocación». Se trataría, pues, de

³¹ Véase Viola BOSTRÖM, «Hereditary relations and testament law in Finland and Sweden», ponencia en el congreso *Hereditary relations in European Law*, celebrado en Atenas los días 10 y 11 de febrero de 2001, pp. 16-17 (en prensa). La profesora Boström (Universidad de Umeå) ha sido muy amable en señalarme que esta presunción de revocación no se aplica analógicamente a otras personas más que los prometidos, y en concreto me ha dado noticia de una sentencia en apelación que si bien aplicó la presunción de la cláusula a la ex esposa, no lo hizo en cambio a la cláusula del mismo testamento a favor de sus hijos (hijastros del testador).

³² Por tanto, de ineficacia, según Fernando ANDRADE PIRES DE LIMA y João DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. VI, Coimbra, 1998, artículo 2317, p. 501.

una presunción basada en la voluntad del testador, en la medida en que el párrafo segundo recoge que si del contexto del testamento o negocio de última voluntad resulta que el testador hubiera ordenado igualmente la atribución, lo que supone que si existe intención del testador en tal sentido el precepto no es de aplicación y la disposición es eficaz. La disposición transitoria 3.^a CS, que se refiere a la aplicación de las reglas interpretativas de la legislación derogada a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor del CS, exceptiona sin embargo al artículo 132, que deviene aplicable a cualquier sucesión con independencia de la fecha de su apertura.

Ambas calificaciones son incompatibles. La revocación por definición se refiere a un momento posterior al de la manifestación de la voluntad testamentaria, pues sólo se puede revocar aquello que ya se ha declarado³³. Por el contrario, la integración, como operación incluida dentro del concepto lato de interpretación, se refiere necesariamente al momento del otorgamiento del testamento, ya que opera sobre la voluntad declarada, sin que sea posible otorgar eficacia sucesoria a la voluntad del testador que no se ha vehiculado de acuerdo con los cauces solemnes establecidos legalmente. Si realmente estuviéramos ante una norma que establece una presunción de revocación, se estaría concediendo eficacia jurídica a una voluntad no testamentaria que tendría como consecuencia privar de efectos jurídicos a otra voluntad sí canalizada mediante las solemnidades exigidas, con lo que el resultado sería que los esfuerzos teóricos dedicados a defender la necesidad de que el resultado interpretativo alcanzado encuentre algún tipo de apoyo en el testamento³⁴ acabarían por resultar completamente baldíos, pues el propio ordenamiento reconocería eficacia a una intención no testamentaria nada menos que para revocar una cláusula del negocio *mortis causa*.

Por eso es mucho más adecuado configurar el artículo 132 CS como una norma integrativa, tal como he hecho al inicio de este capítulo y comparte parte de la doctrina que ha estudiado el artículo³⁵. Así, Casas Vallés considera que la separación, el divorcio o la nulidad posteriores al otorgamiento del testamento constituyen un problema no imaginado ni considerado, con lo que se trataría de

³³ Igualmente, Joan MARSAL GUILLAMET, *El testamento*, Barcelona, 2000, pp. 210-211, y en Ferran Badosa Coll (coord.), *Compendi de dret civil català*, Madrid-Barcelona, 1999, p. 491: «l'efecte revocatori sempre és conseqüència d'una declaració de voluntat o d'un acte posterior del testador».

³⁴ Véase, por todos, Jordano BAREA, *El testamento*, pp. 109 ss.

³⁵ Como regla interpretativa la califica MARSAL GUILLAMET, en Badosa Coll (coord.), *Compendi*, p. 476.

discernir aquello que el testador hubiera probablemente querido de haber conocido lo que luego iba a suceder, con lo que se sitúa en el terreno de la voluntad hipotética «y, por tanto, (...) de la interpretación integradora»³⁶. En su opinión, el artículo 132.1 CS considera una *voluntad hipotética típica*: el causante no habría querido que las disposiciones a favor de su cónyuge fueran eficaces en tales casos.

Por el contrario, no es posible compartir las ideas de Tarragona Coromina. Parece, por una parte, decantarse por entender que el artículo 132 CS establece realmente una presunción de revocación³⁷, pues no sólo así lo afirma expresamente, sino que necesariamente ello se deduce de la frase con que inicia su comentario al precepto: «[s]e incluye por primera vez en nuestro derecho un supuesto de ineficacia de la disposición de última voluntad por presumirse un cambio en la voluntad del disponente ante la alteración de su situación matrimonial»³⁸, idea que luego repite al decir que el legislador intuye un cambio en la voluntad del testador que procede a respetar³⁹. Por consiguiente, el autor admite una voluntad revocatoria no manifestada testamentariamente, una voluntad posterior no expresada de forma solemne idónea para impedir la eficacia de una intención sí canalizada por sus cauces solemnes, o, lo que es lo mismo, «que la interpretación del testamento no debe limitarse al momento en que éste se otorgue»⁴⁰. Tal idea, por las razones

³⁶ CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1769. Insiste posteriormente en p. 1775 que «[l]a interpretación integradora es (...) el espacio en que se ubica el artículo 132.1 CS» (p. 1775). Luego, en las conclusiones (p. 1782), se ratifica en esta idea. Aceptan la exposición de CASAS VALLÉS PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, p. 201: «no ens trobem aquí davant d'un problema de revocació de les disposicions testamentàries, sinó davant d'un problema d'interpretació de la voluntat del testador, com resulta de forma prou clara de l'apartat segon del precepte. En aquest sentit s'assenyala que l'article 132 CS pressuposa que el testador no es va plantejar el cas d'una crisi matrimonial posterior i davant d'aquesta llacuna que presenta la voluntat testamentària, s'ha d'acudir a una interpretació integradora».

³⁷ Miquel TARRAGONA COROMINA, comentario al artículo 132, en Lluís Jou i Mirabent (coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña*, t. I, Barcelona, 1994, p. 505: «el precepto, que únicamente regula una presunción de revocación». Se reafirma en ello en el comentario a la disposición transitoria 3.ª, en el t. II de los mismos comentarios, p. 1343: «[e]ste precepto [refiriéndose al art. 132] contiene una presunción de revocación».

³⁸ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 503. Es evidente que en esta opinión se apoya la SAP Lleida 19.12.2000 (*Aranzadi Civil* 2001/293), para la cual resulta «evidente que se trata de una presunción legal de revocación de la institución hereditaria derivada de la alteración de la situación matrimonial, presumiendo el legislador que en tales casos se produce un cambio en la voluntad del disponente». Lo mismo afirma TARRAGONA COROMINA en su comentario a la disposición transitoria 3.ª CS, t. II, p. 1343.

³⁹ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 505.

⁴⁰ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 503. Con acierto CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», recogiendo el parecer mayoritario de la doctrina alemana, indica que el artículo 132 CS mira al pasado (p. 1777), a la «hipotética voluntad testamentaria individual, siempre pretérita» (p. 1779).

expuestas, no puede ser aceptada, y menos aún se compadece con lo que él mismo a continuación señala que la prueba extrínseca debe admitirse «limitadamente y sólo cuando la ley lo permita»⁴¹. Antes al contrario, no únicamente acepta la prueba extrínseca, sino que hasta una voluntad no testamentaria con plena eficacia *mortis causa*. Ello no es solamente incongruente, sino que contradice todas las reglas de interpretación testamentaria y los requisitos formales que el ordenamiento jurídico exige a la expresión de la voluntad testamentaria. El artículo 132 CS no puede contener una presunción de revocación, porque sería dar entrada a una voluntad testamentaria no expresada solemnemente que vulneraría los principios interpretativos asentados por el artículo 110 CS, que exige que el resultado hermenéutico sea reconducible al testamento, porque sólo la intención que tiene apoyo en el testamento puede ser ley de la sucesión y es susceptible de ser interpretada. La interpretación lo es siempre de la voluntad testamentaria, por tanto, de la voluntad expresada en el momento del otorgamiento del testamento⁴², y toda voluntad posterior es irrelevante si no se expresa dentro de los rigores formales o no se refiere a esa voluntad pretérita contenida en el testamento como medio de prueba extrínseco de esta intención testamentaria⁴³. Claramente establece el artículo 130.II CS que sólo el testamento válido tiene efectos revocatorios, entendiéndose por testamento válido el que cumple con todos los requisitos formales, pues explícitamente se remite al artículo 125 CS que sanciona de nulidad el testamento que no se corresponde con ninguno de los tipos objeto de regulación en este cuerpo legal.

Sin embargo, sí que es necesario retener el dato de que el legislador ha incorporado una norma como el artículo 132 al Código de Sucesiones y que ha elegido una determinada expresión, «presunción de revocación». Este hecho no debe pasar desapercibido, más cuando incluso cabría dudar de la necesidad de este artículo. Porque, teóricamente, podrían existir otros expedientes para lograr el

⁴¹ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 132 CS, p. 503.

⁴² No puedo, por tanto, compartir el razonamiento de TARRAGONA COROMINA, com. DT 3.º CS, p. 1343, cuando para negar que el artículo 132, por mor de esta DT, resulte aplicable retroactivamente, escribe: «esta aplicación extensiva del supuesto que hace la disposición transitoria está justificada, sin que ello suponga en modo alguno una aplicación retroactiva de la nueva norma. En efecto, la revocación no actúa con efectos retroactivos al tiempo de la disposición, sino que supone una nueva voluntad actual que produce sus supuestos “ex nunc”. No se trata de interpretar la voluntad al tiempo de la disposición, sino de la concurrencia de un hecho que acaece o que está vigente bajo la nueva ley y de ella y en su ámbito temporal deriva la consecuencia prevista en la misma, que es esta presunción revocatoria».

⁴³ Similarmente, CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», pp. 1766-1767. En el derecho alemán, SCHLÜTER, *Erbrecht*, p. 91.

mismo resultado. En primer lugar, el testador puede revocar su testamento, de manera expresa o por el mero hecho de otorgar un nuevo testamento válido (arts. 130.I y 2 CS, 739 CC y 117 LS). Precisamente por ello, el artículo 132 CS no autolimita su campo de aplicación a los supuestos de imposibilidad de revocar el testamento anterior; por ejemplo, no es una norma que establezca que es aplicable en los casos del causante incapacitado judicialmente que, por lo tanto, carece de capacidad natural para otorgar un nuevo testamento válido, ni se refiere a supuestos de impedimentos meramente físicos ni, tampoco, fija ningún límite temporal a su aplicación, como si previera que si pasados dos años desde la separación, el divorcio o la nulidad no existiría ya «presunción de revocación». Antes al contrario, el supuesto de la norma se expresa con la mayor generalidad.

En segundo lugar, cabría referirse a la indignidad sucesoria, y sobre la base de su admisión negar la utilidad del artículo 132 CS. Sin embargo, los presupuestos son manifiestamente distintos. La indignidad es una sanción a una determinada conducta de un sucesor⁴⁴. Se trata de causas objetivas y tasadas, que se predicen unilateralmente del sucesor, mientras que el artículo 132 se mueve en torno a la voluntad del causante en el momento de testar. El régimen jurídico de la acción de indignidad y las consecuencias jurídicas que produce su ejercicio son igualmente dispares (legitimación de los favorecidos por el testamento, caducidad de la acción en el plazo de cinco años –arts. 12-15 CS–, cuestiones completamente ajenas al supuesto del artículo 132 CS), por lo que no puede afirmarse que los artículos 11 y 132 CS cubran las mismas situaciones⁴⁵.

En tercer lugar, ya hemos visto cómo en su precedente legislativo, el artículo 132 CS aparece vinculado al error en los motivos, y que incluso Roca Sastre creyó encontrar en la regulación de este vicio testamentario una rendija por donde cobijar la solución legal del § 2077 BGB⁴⁶. El parentesco que guarden ambas soluciones no

⁴⁴ Así, PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, III, p. 84; Josep A. LÓPEZ TENA, artículo 11, en Jou Mirabent (coord.), *Comentarios*, t. I, p. 40; Anna CASANOVAS MUSSONS, en Badosa Coll (coord.), *Compendi*, pp. 410-411. Para el CC, José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, 1997, p. 28; LACRUZ *et al*, *Sucesiones*, p. 57; Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, IV, Madrid, 2001⁸, p. 308.

⁴⁵ Más argumentos en CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1761 ss.

⁴⁶ *Supra*, nota 10. Según MARSAL GUILLAMET, en BADOSA COLL (coord.), *Compendi*, p. 476, el artículo 132 «pressuposa que qualsevol atribució a favor del cónjuge té com a motiu causalitzat que l'afavorit conservi aquesta qualitat en el moment de l'obertura de la successió». Santiago ESPIAU ESPIAU, *El error en las disposiciones testamentarias*, Madrid, 1994, p. 108, nota 54, enumera el artículo 132 entre los que contemplan los «motivos determinantes», en relación con el análisis que hace del error en los motivos en el CS. Sin embargo, él mismo define estos «motivos» como aquellos «hechos o circunstancias ya produci-

oscurece las profundas divergencias existentes en su régimen jurídico. Si se opta por la vía del error en los motivos (artículo 126.IV CS), corresponde al heredero o herederos o al albacea ejercitar la correspondiente acción de nulidad testamentaria, para lo que deberán acreditar la existencia del motivo en la disposición y el error sufrido por el testador, prescribiendo la acción en el plazo de cuatro años desde la muerte de éste (artículo 128.II CS). Por el contrario, el artículo 132 CS no requiere el ejercicio de acción alguna por parte de los interesados en hacer valer la «presunción de revocación», pues esta ineficacia de la disposición a favor del cónyuge es un efecto automático –salvo que, como luego veremos, pueda considerarse que la voluntad del testador era, a pesar de la situación crítica y final del matrimonio, la de efectuar igualmente la atribución–, no sometida por consiguiente a plazo alguno, por lo que en todo caso corresponderá al cónyuge separado o divorciado acreditar esta voluntad obstativa a la aplicación del efecto jurídico previsto en el artículo 132⁴⁷.

Ninguno, pues, de los anteriores recursos es apropiado para ocupar el lugar del artículo 132, con lo que desde este punto de vista el precepto vendría a cubrir un déficit legal. Ahora bien, si partimos de la base de la admisión de la integración del testamento y de que ésta consiste en adecuar los medios testamentarios elegidos por el testador para alcanzar una determinada finalidad que se tornan inidóneos para ello como consecuencia de la imprevisión del testador o de un cambio en las circunstancias fácticas que tuvo en cuenta en el momento de testar, entonces sí podríamos concluir que el artículo es superfluo. El artículo 132 CS no sería más que una concreción de una de las operaciones del proceso interpretativo, por lo que no

dos o simultáneos a la redacción del testamento, susceptibles, por tanto, de ser conocidos por el testador, y sólo ellos pueden resultar afectados por el error» (pp. 109-110). Pues bien, es claro que estos «motivos» no son de aplicación al artículo 132 CS, que presupone no un error en hechos ya producidos o simultáneos, sino una deficiente previsión de cómo van a ser los hechos en el futuro (es decir, el testador casado cuando testa no prevé que la persona a quien efectúa una atribución en el futuro ya no será su cónyuge). Como mucho, pues, el error en los motivos sería imaginable en el caso de nulidad del matrimonio: el testador favorece a su cónyuge con una atribución porque quiere beneficiarle precisamente por ser su cónyuge (motivo), pero ya concurre en ese momento la causa de nulidad, que operará con efectos *ex tunc*.

⁴⁷ Véase, también, CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», pp. 1769 ss. Con todo, su argumento en el sentido que el artículo 132 CS no puede reflejar un error en los motivos porque «la nulidad no puede ser subsanada por el testador. Si se incurrió en error al testar, la disposición es y seguirá siendo nula aunque el error se desvanezca y el testador se muestre conforme con ella» (p. 1772), es inaplicable al caso, pues o hay error en el momento de testar –lo habría si la condición de cónyuge no separado o divorciado o con matrimonio nulo fuera el motivo determinante– o no lo hay –si la condición de cónyuge no es motivo determinante–, pero no es posible que el error nazca después de otorgado el testamento en virtud de la suerte que corra el matrimonio.

aportaría ninguna novedad relevante ni solventaría laguna legal alguna. Si se comparte la fundamentación teórica realizada hasta aquí de la integración del testamento, la conclusión de la superfluidad del artículo 132 es irreprochable. Sin esta norma podrían perfectamente alcanzarse los mismos resultados en buena aplicación de los principios hermenéuticos del derecho vigente⁴⁸. No obstante, el hecho de que el legislador haya decidido incorporarla al CS no puede considerarse ni fruto de la casualidad ni de la precipitación, sino que con ella hay que suponer que el legislador ha querido aportar algo nuevo al ordenamiento jurídico. Con esta idea en la mente es preciso seguir con el análisis del precepto.

III. PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 132 CS

La aplicación del artículo 132 CS requiere, en primer lugar, que el testador haya realizado en el testamento alguna atribución a favor de su cónyuge, ya sea instituyéndolo heredero, ya sea ordenando algún legado o cualquier otro tipo de atribución *mortis causa*. No importa, pues, el tipo de atribución ni tampoco su contenido; cualquiera que sea, deviene ineficaz si concurren el resto de presupuestos y no existe voluntad en contrario del testador. Se incluyen, pues, el nombramiento como albacea, la designación como fiduciario distributivo del artículo 148 CS, la delación voluntaria de la tutela (implícitamente previsto en el artículo 172.2 Código de Familia, cuando prevé que los llamados por la ley al cargo de tutor y el Ministerio Fiscal pueden impugnar la delación de la autotutela en los supuestos que acaezca una «modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación»), etc.

El segundo presupuesto es la situación crítica y final del matrimonio. En concreto, el artículo 132 CS contempla la producción de estos supuestos con posterioridad al otorgamiento del testamento:

- a) La nulidad del matrimonio, sin distinguir si el cónyuge es o no de buena fe;
- b) El divorcio, por cualquiera de sus causas legales;
- c) La separación judicial, lo que supone que ha concurrido alguna de las causas legales del artículo 82 CC, pero teniendo en

⁴⁸ Me remito a mi *Interpretación e integración del testamento*, Barcelona, 2003, pp. 31 ss.

cuenta que la ineficacia de la atribución al cónyuge se produce con independencia de a cuál de los miembros de la pareja sea imputable tal causa de separación, de modo que debe erradicarse toda idea de «culpabilidad» en la separación; la separación judicial es, como la nulidad o el divorcio, un presupuesto de carácter objetivo, que no atiende a la conducta de los protagonistas en su producción, por lo que no cabe identificar esta norma con una sanción al cónyuge, sino que su fundamento se halla, como ya he repetido, en la voluntad del causante en el momento de testar;

d) La separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por cualquiera de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, es decir, el cese efectivo de la convivencia entre los cónyuges, basado también en la existencia de una causa de separación o divorcio, con independencia nuevamente de a cuál de ellos pueda imputarse la causa⁴⁹;

e) La separación de hecho por mutuo consentimiento expresado formalmente; se exige forma, pero no escritura pública, por lo que valdrá cualquier documento escrito⁵⁰. La simple separación de hecho, sin mediar expresión formal del consentimiento, o la separación unilateral de uno de los cónyuges, sea o no consentida por el otro cónyuge, resultan, pues, expresamente excluidas de este artículo, por lo que en estos supuestos no se produce la ineficacia automática de la atribución al –todavía– cónyuge⁵¹, lo que sin embargo no es obstáculo para que los interesados en la sucesión puedan alcanzar ese resultado si mediante la integración del testamento logran convencer a la autoridad judicial en el ejercicio de la oportuna acción de que la separación de hecho supone una alteración de la

⁴⁹ Por ello, no puedo compartir el razonamiento que conduce al fallo de la SAP Barcelona de 20.10.1999 (Base de datos El Derecho, 1999/54113). El supuesto de hecho es el siguiente: mientras convivían de hecho, el testador otorgó testamento (1988) a favor de su pareja, instituyéndola heredera; tras un período de ruptura de la convivencia iniciado ese mismo año, en 1991 contrajeron matrimonio, separándose de hecho en 1994, comenzando el causante en 1995 hasta dos relaciones sentimentales antes de fallecer ese mismo año. Invocado el artículo 132 CS, la Audiencia confirma el fallo de primera instancia no dando lugar a la demanda. Los argumentos para inaplicar el artículo 132 CS son que era al propio testador a quien correspondía imputar la causa del cese de la convivencia por su infidelidad y ruptura del deber de convivencia y el hecho de no haber revocado el testamento, lo que presupone su voluntad de mantener la institución. Ambos argumentos son insuficientes, a la vista de lo dicho en el texto. Más discutible podría ser el hecho de que los cónyuges habían seguido manteniendo una buena relación, hasta el punto de que la esposa cobró una indemnización por accidente del marido y que regentaban conjuntamente un bar, pero contra ese hecho podría contraargumentarse que poco después de la separación de hecho la esposa y la madre de ésta reclamaron el cumplimiento de los pactos económicos suscritos en los acuerdos firmados tras la primera separación entre ambos en 1988, siendo la sentencia estimatoria apelada por el marido. En mi opinión, pues, procedía estimar la demanda.

⁵⁰ Así, TARRAGONA COROMINA, *com. artículo 110 CS*, p. 505.

⁵¹ De acuerdo, TARRAGONA COROMINA, *com. artículo 110 CS*, p. 505.

planificación testamentaria y que, por tanto, procede adecuar los medios establecidos por el causante a la finalidad perseguida por éste, de tal modo que se declare la ineficacia de la cláusula.

El párrafo tercero del artículo 132 se remite al artículo 335 CS, en sede de sucesión intestada del cónyuge viudo, precepto que legitima a los interesados a continuar la acción judicial planteada de nulidad, separación o divorcio, cuando muere el demandante, a los solos efectos, en el supuesto presente, de determinar o no la aplicación del efecto previsto en aquel precepto, aunque la previsión no es excesivamente relevante, pues lo normal será que concurra una situación como la prevista *sub b*).

En cambio, no es presupuesto de la aplicación del artículo 132, ni en principio es significativo en ningún sentido, que el testador designe a su cónyuge en función de tal condición, por su nombre y apellidos o combinando ambas modalidades⁵². Ni la literalidad del precepto ni su *ratio* permiten semejante conclusión, siendo únicamente necesario que la persona designada pueda resultar identificada como efectivamente su cónyuge.

IV. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR DE MANTENER LA EFICACIA DE LA ATRIBUCIÓN

El artículo 132 CS y la ineficacia de las disposiciones ordenadas a favor del cónyuge como consecuencia de la posterior separación, divorcio o nulidad del matrimonio no son, sin embargo, un efecto que se impone al testador. Antes al contrario, el párrafo del precepto indica que

«[I]a disposició és eficaç si del context del testament, el codicil o la memòria testamentària resulta que el testador hauria ordenat la disposició de darrera voluntat a favor del cònjuge fins i tot en els casos esmentats a l'apartat anterior», esto es, la situación crítica i final del matrimonio.

Por consiguiente, se impone una operación hermenéutica compleja, pero perfectamente lógica en su secuencia: en primer lugar,

⁵² Así, también, la SAP Lleida 19.12.2000: «[en la cláusula] no se alude a la disposición a favor de una persona con independencia del vínculo que le une con el disponente sino que, por el contrario, la condición de cónyuge se menciona expresamente junto al nombre de la designada, lo cual, por otro lado, tampoco puede considerarse como un dato especialmente clarificador». La misma idea en TARRAGONA COROMINA, com. artículo 110 CS, pp. 505-506, pero formulada en negativo, pues considera que la no expresión del carácter de cónyuge en la disposición no es suficiente para presumir la voluntad de no revocación (en su inteligencia del precepto).

hay que interpretar la voluntad del testador para ver si hay una laguna, en el caso la no contemplación del cambio de circunstancias determinado por la quiebra de su matrimonio; si se comprueba que, en efecto, no había contemplado tal eventualidad, entonces procede integrar la voluntad del causante y adecuar los medios elegidos en el testamento a la nueva realidad fáctica en que deben regir. En efecto, el testador puede haber previsto la eventualidad, y condicionar expresamente la eficacia de la atribución a la no relajación ni disolución del vínculo matrimonial, pues no es menos cierto que el legislador mismo configura, por ejemplo, los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente como viudales (artículos 331.III y 334 CS)⁵³. E, igualmente, puede resultar del testamento que, a pesar de la situación crítica y final del matrimonio, la intención del causante era igualmente beneficiar a la persona con quien había estado casado o con quien seguía casado pero en situación de separación en cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 132 CS a que antes me he referido.

La voluntad del testador de querer efectuar una atribución al cónyuge separado o ex-cónyuge puede manifestarse de forma expresa, clara, taxativa, que no deje lugar a duda al intérprete, como por ejemplo si ordena un legado «a mi esposa, de quien actualmente estoy en trámite de separación y con independencia de cómo finalice el proceso». Pero normalmente el testador no facilitará tanto la tarea de averiguar su voluntad, y esa intención deberá descubrirse mediante la aplicación de los medios interpretativos al alcance.

Aquí es de notar un significativo parecido entre el artículo 132.II y el *Uniform Probate Code* norteamericano. La disposición es eficaz *si del contexto del testamento* resulta que el testador incluso en tal caso hubiera favorecido al cónyuge. Cabría pensar que sólo es admisible la prueba testamentaria, sin poder recurrir el intérprete a los medios de prueba extratestamentarios, tal como defiende para el *restatement* estadounidense algún autor⁵⁴. Semejante conclusión se me aparece excesiva. La referencia al *contexto del testamento* debe entenderse como una manifestación de la necesidad de apoyo textual en el negocio *mortis causa* del resultado interpretativo. La voluntad de conceder eficacia a la atribución a favor del cónyuge separado o ex-cónyuge debe constar en el testamento aunque sea de modo imperfecto, y esa constancia podrá ser

⁵³ Cf. Antoni VAQUER ALOY, *L'usdefruit viudal abintestat en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, 1990, pp. 60 ss.

⁵⁴ Véase *supra*, nota 27.

desarrollada y completada mediante el recurso a la prueba extrínseca, pero lo que no cabe es dar entrada a una voluntad posterior no expresada mediante las solemnidades exigidas por el ordenamiento jurídico. La intención de favorecer en cualquier circunstancia al cónyuge, con independencia de la suerte que corra el matrimonio, debe desprenderse del testamento, aunque pueda usarse como prueba extrínseca para acreditar que realmente esa era la voluntad del testador cualquier manifestación ulterior que éste haya realizado, pero siempre que exista un apoyo en la declaración de última voluntad. Las expresiones posteriores del testador que no puedan reconducirse al testamento carecen por sí mismas de valor alguno, por faltar el requisito de forma que se exige en el artículo 125.I CS, y no pueden servir para salvar la eficacia de la cláusula testamentaria en que se instituyó heredero o se ordenó un legado a favor de quien entonces era cónyuge.

El supuesto más habitual es el del mero silencio del testador. Tras la separación, el divorcio o la nulidad, el causante simplemente permanece inactivo y no modifica su testamento otorgando uno de nuevo. ¿Qué valor tiene ese silencio? ¿Supone tal vez la no revocación del testamento que el testador desea que mantengan efecto todas sus cláusulas, incluso aquéllas en las que beneficiaba a quien ya no es su cónyuge? ¿Tiene alguna trascendencia el mayor o menor tiempo transcurrido hasta la muerte del testador sin revocar el testamento?

En el caso antes mencionado de la SAP Lleida 19 de diciembre de 2000, el testador dispuso: «nombro e instituyo heredera a mi esposa, Dña. M.T.». El testamento notarial fue otorgado en diciembre de 1986, los cónyuges se divorciaron por sentencia firme de fecha 31 de julio de 1990 y el testador se suicidó, tras un par de intentos fallidos, el 20 de junio de 1997, casi siete años después de la sentencia de divorcio. Razona la sentencia que «sostiene la recurrente que la finalidad del artículo 132 del Codi de Successions es buscar una solución a situaciones puntuales como sería el caso de que ocurriera el fallecimiento durante la tramitación del procedimiento de separación matrimonial, no siendo aplicable cuando se trata de situaciones mantenidas durante un dilatado período de tiempo y, en el caso, transcurren siete años desde el divorcio hasta que fallece el testador. Se pretende con esta interpretación limitar el ámbito temporal de aplicación de la norma sin que de ella ni de ningún otro precepto legal pueda extraerse semejante conclusión, que únicamente conduciría a una completa inseguridad jurídica sobre cuál sería el concreto período de tiempo en que sería oponible la presunción o, a la inversa, la validez de la disposición en función del período intermedio entre la situación de crisis matrimonial y el óbito del disponente. La disposición transitoria Tercera de la Ley 40/91 establece con claridad meridiana que el artículo 132

“deberá aplicarse a todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor de este Código de Sucesiones, aunque estuvieran regidas por actos otorgados con anterioridad”, por lo que no ofrece duda alguna de que se refiere a todas las sucesiones en las que concurra el supuesto previsto en la norma, con independencia del tiempo transcurrido desde que se otorgó el testamento o desde que se produjo la situación de crisis matrimonial hasta que se abre la sucesión»⁵⁵.

Este largo razonamiento apunta a dos elementos que, efectivamente, como ya he mencionado antes, merecen la oportuna consideración, aunque la sentencia no extrae de ellos todas las consecuencias que cabría. En efecto, no sólo el artículo 132 no contiene límite temporal alguno a su aplicación, en el sentido que transcurrido cierto número de años sin otorgar nuevo testamento la atribución al ex-cónyuge mantendrá su eficacia, sino que, además, la disposición transitoria 3.ª extiende el ámbito de aplicación a cualquier sucesión abierta tras la entrada en vigor del CS. Si a ello añadimos que el artículo 132 no es más que un supuesto específico de integración testamentaria, operación ésta admitida por la jurisprudencia y que se deriva de la primacía que el ordenamiento jurídico concede a la voluntad del causante en la sucesión, hay que concluir que existen indicios suficientes que la regulación legal cobija una especial valoración de los intereses en juego.

En concreto, bajo el artículo 132 CS subyace una determinada valoración del legislador de los efectos que para el causante medio comporta la separación, el divorcio o la nulidad. Pero no es una valoración arbitraria. El fundamento de la norma, como de la integración en general, es contribuir a lograr la finalidad perseguida por el testador. Cuando el causante efectúa una atribución a favor de su cónyuge, no es porque sí, el motivo no es baladí, sino que habitualmente cumple una función objetivable. El matrimonio supone una conjunción de esfuerzos, ambos miembros deben contribuir a las cargas familiares, y aunque rija en el aspecto económico la más estricta separación de bienes, de algún modo ambos cónyuges colaboran, ni que sea con distintos medios y aun indirectamente, en la formación de los respectivos patrimonios. Y lo que suele pretender el testador medio cuando realiza alguna atribución a favor de su cónyuge es reconocer estos hechos y, por ello, intentar garanti-

⁵⁵ La anterior SAP Barcelona de 4.5.1999 (*Aranzadi Civil* 985), citada por la SAP Lleida, había ya considerado que «n[o] cabe dar relevancia al propio hecho de no haberse revocado por [el testador] la disposición testamentaria a favor de la esposa tras la separación matrimonial, porque atendiendo a tal criterio de presunción legal nunca sería de aplicación». Sin embargo, recuérdese la SAP Barcelona de 20.10.1999 en sentido contrario (*supra*, nota 49).

zar el bienestar del sobreviviente. Cuando se produce la separación con ruptura de la convivencia conyugal, el divorcio o la nulidad del matrimonio, esta finalidad se desvanece, y la atribución pierde su razón de ser para el testador⁵⁶.

Por ello, en todos los ordenamientos comparados la ineficacia de la atribución al cónyuge es automática. No debe sorprender, pues, que el artículo 132 CS utilice la expresión «presunción de revocación», que es tan técnicamente desafortunada como ilustrativa de su *ratio*. El testador no necesita manifestar una voluntad de privar al cónyuge separado o ex-cónyuge de la atribución ordenada, sino que esta ineficacia es un efecto legal, con independencia del tiempo que transcurra sin testar de nuevo –si es que lo hace–, porque la finalidad que perseguía se ha desvanecido y, por consiguiente, carece de sentido la pervivencia de la cláusula⁵⁷.

Corresponde, por tanto, al ex-cónyuge acreditar esa voluntad testamentaria del causante que provoca la eficacia de la disposición, porque incluso en el caso de la separación con ruptura de la convivencia conyugal, el divorcio o la nulidad habría sido su intención beneficiarle. Como se deduce de lo dicho y remarca la SAP Lleida 19 de diciembre de 2000, «sólo mediante una cumplida prueba podría sostenerse la eficacia de esa disposición de última voluntad». Mas, ¿en qué consiste esa prueba? Porque, como se encarga de recordar el artículo 132 CS, esa voluntad de querer que la cláusula sea eficaz a pesar de la situación crítica y final del matrimonio debe contenerse –ni que sea imperfectamente, cabe añadir– en el *contexto* del testamento, lo que es tanto como decir en la propia declaración de última voluntad, sin perjuicio del apoyo que preste la prueba extrínseca. En el derecho norteamericano, el meca-

⁵⁶ BATTES, «Zur Unwirksamkeit», pp. 735-736: «[d]ie Verfügung ist aufrechtzuhalten, wenn und soweit sie auch in Rahmen der in erste Linie vermögenrechtlich zu bestimmenden Beziehungen der früheren Ehepartner nach der Scheidung noch einen Sinn hat. Diese Auffassung lebt allerdings von der Prämisse, daß auch einseitige Verfügungen von Todes wegen regelmäßig nicht nur das Produkt reiner, vor einem Außenstehenden nicht nachzuvollziehender Willkür sind, daß insbesondere Verfügungen zugunsten des Ehepartners regelmäßig eine objektivierbare "Funktion" haben». La misma idea se contiene en el artículo 10.2 de la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, cuando dispone la extinción total del usufructo constituido en consideración al matrimonio o a la unión estable de los favorecidos, salvo que se demuestre que era otra la voluntad del constituyente, si acaece la separación, divorcio o nulidad del matrimonio o se extingue la relación de pareja.

⁵⁷ Añade BATTES, «Zur Unwirksamkeit», p. 735, que «[d]er Erblasser, der seinem Ehepartner nach der Scheidung nichts mehr zukommen lassen will, braucht überhaupt nichts zu unternehmen. (...) Wenn sich das objektive Recht dergestalt für die Unwirksamkeit der Verfügung entscheidet, so folgt daran, daß diese Unwirksamkeit für den Durchschnitt fall als Vernünftig und gerecht gewertet wird. Da der Privatautonomie auch durch die Regeln über Widerruf und Anfechtung genüge getan wäre, ist die automatische Unwirksamkeit sogar allein das Ergebnis dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung».

nismo más apropiado es la *republication* del testamento, en nuestros términos, volver a testar reafirmando la eficacia de la atribución a favor del cónyuge; de otro modo, resulta muy difícil acreditar la voluntad contraria a la ineficacia del testador, de lo que sólo se pone como ejemplo el testamento otorgado iniciados los trámites de la separación, el divorcio o la nulidad⁵⁸.

Otros supuestos son ciertamente excepcionales, aunque no imposibles. El testador de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 6 de mayo de 1959⁵⁹ otorgó testamento tres años antes de separarse judicialmente en el que ordenó atribuciones a favor de su entonces todavía esposa, de su amante con la que posteriormente contraería nuevas nupcias y de los hijos. Cabe razonablemente deducir del contexto del testamento que el testador quedaría beneficiar a su entonces esposa con independencia de que posteriormente el matrimonio fuera disuelto.

Cabe, por último, a la vista de lo dicho hasta ahora, inquirirse sobre la eficacia, si es que tienen alguna, de la reconciliación posterior e incluso de las nuevas nupcias entre los cónyuges separados o divorciados. Casas Vallés distingue, en primer lugar, los supuestos de separación y de divorcio. Tratándose de separación, estima que la reconciliación determina la eficacia de la disposición a favor del cónyuge, excluyéndose la aplicación del artículo 132 CS, pero «no porque permita entender que eso es lo que habría querido el testador, sino porque restablece la convivencia conyugal»⁶⁰; con todo, no se refiere a si hay que comunicar o no la reconciliación al juez para que se mantenga la eficacia de la cláusula (art. 84.I CC)⁶¹. Si lo que sobreviene es el divorcio, subdistingue según la reconciliación se produzca cuando el procedimiento judicial está abierto o cuando la sentencia ha ganado firmeza. En el primer caso, considera que sigue habiendo vínculo y la reconciliación resulta eficaz. En el segundo, parte del hecho de que la reconciliación posterior a la sentencia de divorcio no tiene efectos en cuanto al vínculo, y que tratándose de una voluntad informal carece de relevancia testamentaria, por lo que no excluye la aplicación del artículo 132 CS⁶².

⁵⁸ AVERILL Jr., *Uniform Probate Code*, p. 236. Asimismo, en Alemania, STAUDINGER/OTTE, § 2077, Rn. 20.

⁵⁹ *FamRZ*, 1960, pp. 28 ss.

⁶⁰ CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1781.

⁶¹ Cuestión no desprovista de trascendencia práctica a la vista de los no ocasionales matrimonios separados judicialmente por motivos meramente fiscales que conviven con absoluta normalidad. ¿Resulta de aplicación el artículo 132 CS en estos supuestos, cuando no se comunica al juez el restablecimiento de la convivencia?

⁶² CASAS VALLÉS, «Las disposiciones», p. 1781.

El razonamiento es escasamente convincente. En realidad, supone orillar lo que el mismo autor defiende, que es que este precepto no constituye sino una manifestación de la interpretación integradora de la voluntad testamentaria. Evidentemente, las declaraciones que no reúnen las solemnidades exigidas legalmente no tienen eficacia testamentaria. Pero ahí no radica la cuestión. El núcleo del problema está en la voluntad del testador en el momento de otorgar el testamento y su contemplación en la atribución al cónyuge de tal carácter. No creo que seriamente pueda concluirse que el testador divorciado que se reconcilia con su cónyuge no desee el mantenimiento de la eficacia de la atribución a su favor, pero no porque haya mudado su voluntad –lo que resultaría, insisto, intrascendente a efectos sucesorios–, sino porque precisamente su intención cuando testó era beneficiar al cónyuge presuponiendo que a su muerte seguiría siéndolo. Y si, a pesar del previo divorcio, luego se reconcilian y reanudan la convivencia marital, aunque no recompongan el vínculo jurídico, la finalidad perseguida por el testador hay que entender que sigue en pie y que la función de la atribución sigue teniendo sentido. Curiosamente, Casas Vallés responde «seguramente sí» a la hipótesis de si se mantendría la eficacia vía segundo párrafo del precepto en el caso de un testador bigamo cuyo segundo matrimonio es anulado a instancias del primer cónyuge pero que sigue manteniendo la convivencia marital con la persona con la que contrajo dicho segundo matrimonio⁶³. ¿Por qué motivo el trato que les otorga es distinto? Por la misma razón, y aún con mayor motivo, si los cónyuges divorciados vuelven a contraer matrimonio, la ineficacia automática del artículo 132 CS no se produce⁶⁴.

V. ¿ES APLICABLE ANALÓGICAMENTE EL ARTÍCULO 132 CS A OTROS SUPUESTOS?

Cabe preguntarse si el artículo 132 CS puede ser aplicable a otros supuestos que el expresamente contemplado del matrimonio. Si se parte de que se trata de una concreción de la integración testamentaria, la conclusión a la que hay que llegar, en principio, es que sí, siem-

⁶³ CASAS VALLÉS, *Las disposiciones*, p. 1782.

⁶⁴ Lo que sí admite Casas Vallés, *ibid.*, así como la doctrina alemana (*Münchener Kommentar/LEIPOLD*, § 2077, Rn. 18; *STAUDINGER/OTTE*, § 2077, Rn. 22; *PALANDT/EDENHOFER*, § 2077, Rn. 7) y el *Uniform Probate Code* norteamericano (§ 2-508, sobre el cual AVERILL Jr, *Uniform Probate Code*, p. 237).

pre que se cumplan sus presupuestos, esto es, una laguna en la previsión testamentaria realizada por el testador como consecuencia de que las circunstancias fácticas no se han desarrollado como él pensó. En este sentido, es poco problemática la extensión del supuesto de hecho al prometido o prometida de quien otorga el testamento que contiene alguna atribución a su favor si el noviazgo se rompe, pues además cuenta con el apoyo analógico del artículo 15.2 CF, según el cual en los capítulos matrimoniales prenupciales la celebración del matrimonio actúa como presupuesto de eficacia⁶⁵.

Los parientes del cónyuge separado con ruptura de la convivencia conyugal o del ex cónyuge parece claro que no están expresamente comprendidos por la letra del precepto, y asimismo el Preámbulo del CS se refiere exclusivamente a los cónyuges. Sin embargo, como decía, que no entre dentro de la letra del precepto no significa que no pueda alcanzarse idéntico resultado mediante la integración del testamento: si la finalidad del testador era efectuar una atribución mortis causa a favor de ese pariente en consideración a su cónyuge, y se desvanece la base que sustenta la atribución, habrá que concluir que la voluntad hipotética del testador habría sido la de no beneficiarle porque ya no se conseguiría la finalidad pretendida. Sin embargo, al carecer de apoyo inmediato en el artículo 132 CS, la ineficacia no sería automática, sino que debería solicitarse por persona interesada.

Quedaría, por último, la cuestión de las uniones estables de pareja, tanto heterosexuales como homosexuales. En contra de la aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales, pese a que se apreciara identidad de razón, se ha pronunciado expresamente Tarragona Coromina, aunque no ofrece argumento alguno en sustento de su posición⁶⁶. Los autores alemanes que defienden la no aplicación del § 2077 BGB a las parejas de hecho argumentan, como hemos visto, sobre la base de la no necesaria perdurabilidad de la relación como consecuencia de la ausencia de vínculo⁶⁷. El argumento no me parece sólido. La existencia de vínculo matrimonial no es una garantía de perdurabilidad de la relación ni, en las circunstancias sociales actuales, puede afirmarse seriamente que otorgue una mayor seriedad a las intenciones futuras de sus miembros. Pero,

⁶⁵ Cfr. para el derecho catalán, Antoni MIRAMBELL ABANCÓ, en BADOSA COLL (coord.), *Compendi*, p. 265; Juan José LÓPEZ BURNIOL, artículo 15, en Joan EGEA FERNÁNDEZ y Josep FERRER RIBA (Dirs.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Madrid, 2000, pp. 160-161; PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Institucions*, II, p. 336.

⁶⁶ TARRAGONA COROMINA, com. artículo 110 CS, p. 506.

⁶⁷ *Supra*, nota 18 y texto correlativo.

sobre todo, la importación automática de las ideas de estos autores debe tener en cuenta la regulación de las uniones estables de pareja en el derecho civil de Cataluña, mediante la Ley 10/1998, de 15 de julio. De esta regulación interesa no tanto el hecho de que se reconozcan o no ciertos derechos sucesorios a las parejas de hecho, como que los artículos 13 y 31 (aquél para la pareja heterosexual, éste para la homosexual) reconocen a los convivientes una compensación económica en el caso de extinción de la unión y, por supuesto, siempre que se cumplan los demás requisitos que en ellos se detallan⁶⁸. Esto significa contemplar a la pareja en un marco, como indica su propia denominación legal, *estable*, no menos inicialmente estable que la convivencia de quienes han contraído matrimonio. Por consiguiente, no estimo razón alguna que impida no la aplicación del artículo 132 CS *tout court*, sino de la integración del testamento que el precepto ejemplifica: el conviviente no habría otorgado la atribución testamentaria a su pareja de haber sabido que dejaría de serlo, salvo que del contexto del testamento se demuestre que, a pesar de todo, le habría beneficiado para después de su muerte⁶⁹. Aunque, de nuevo, por no estar contemplado en el supuesto de hecho del precepto, la ineficacia sólo se producirá a instancia de parte interesada tras el declarativo correspondiente.

V. EL EFECTO JURÍDICO: LA INEFICACIA

A fuer de ser sinceros, hay que reconocer que el efecto jurídico que se asocia al supuesto de integración del artículo 132 CS se compeadece mal con los resultados a que debe tender el proceso hermenéutico de la voluntad del testador. Porque hay poco margen a la duda que el efecto jurídico es la ineficacia. Y ello no sólo porque expresamente lo diga el artículo 132, en su párrafo segundo, cuando prevé que la disposición es *eficaz* si a pesar de todo el causante la habría igualmente efectuado, e incluso porque se desprenda implícitamente de esa técnica «presunción de revocación» —pues la revocación no es más que la privación del carácter negocial al

⁶⁸ Cfr. Pascual ORTUÑO MUÑOZ, artículo 13 LUEP, y Miquel MARTÍN CASALS, artículo 31 LUEP, ambos en EGEA/FERRER (dirs.), *Comentaris*, pp. 1195-1997 y 1233-1234, respectivamente.

⁶⁹ Así, el artículo 10.2 de la Ley de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación contempla por igual al matrimonio y a la unión estable de pareja en cuanto a la eficacia de la separación, divorcio y nulidad o ruptura de la unión en relación con el usufructo constituido en consideración a dicho matrimonio o unión a favor de los cónyuges o convivientes, eficacia que como ya sabemos es la extinción total del usufructo.

testamento⁷⁰—, sino porque el resultado al que se llega al cabo del proceso es que el testador no habría realizado esa atribución de haber sabido las circunstancias fácticas en que habría de ejecutarse su testamento, en concreto, que la persona que benefició ya no sería su cónyuge o que se habría roto la convivencia entre ambos. Y, en verdad, este efecto jurídico rompe con el principio que la interpretación no debe conducir a la ineficacia de la disposición y con el criterio de la *benigna interpretatio*, según el cual, como es sabido, hay que preferir aquella interpretación que conceda eficacia a la cláusula de acuerdo con la finalidad perseguida por el testador (cfr. artículos 110.II CS y 101.2 LS Aragón)⁷¹.

Sin embargo, si ello es así, ciertamente tiene por base la voluntad del testador, que aún siendo una voluntad *hipotética*, no es una voluntad creada arbitrariamente por el intérprete, sino que se apoya en el testamento y, en particular, en la finalidad que albergaba el testador en el momento de testar. Más todavía: no sólo tiene el firme fundamento que proporciona la declaración de voluntad testamentaria, sino que a ello hay que sumar la valoración que hace el legislador de cuál es la voluntad de un testador medio ante la situación de la separación, el divorcio o la nulidad posteriores al testamento en el cual ordenó alguna atribución al cónyuge. Como he señalado, el legislador asume que las disposiciones a favor del cónyuge cumplen una función objetivable, por lo que cuando desaparece la condición de cónyuge de la persona favorecida, esa función deja de poder cumplirse, con lo que se evapora toda posibilidad de alcanzar el fin al que se preordenaba la cláusula. El testador puede condicionar la eficacia de la institución de heredero o del legado a una condición suspensiva, de modo que si acaece un determinado evento la institución o el legado no lleguen a ganar tal eficacia (artículo 155 CS). El testador, o por lo menos así lo cree el legislador, ordena atribuciones a favor de su cónyuge *porque* es cónyuge, y si deja de serlo entiende que cuando testó no habría realizado tal disposición. El efecto jurídico, por consiguiente, no puede ser sino la ineficacia de la cláusula⁷², salvo que, como ha quedado dicho, se demuestre que la intención del causante era la de querer efectuar la atribución incluso en el supuesto de la posterior crisis del matrimonio, es decir, salvo que el

⁷⁰ De modo que el testador impide que el testamento anterior al hecho revocatorio adquiera, como consecuencia de la muerte del causante, su eficacia típica, como viene a indicar el artículo 129.I CS al decir que «pierden la eficacia»; cfr. Marsal GUILLAMET, en BADOSA COLL (coord.), *Compendi*, p. 488.

⁷¹ Más detalles en mi *Interpretación e integración del testamento*, pp. 57 ss.

⁷² No, por supuesto, del entero testamento, como señala acertadamente ante tal planteamiento la SAP Barcelona de 20 de octubre de 1999.

concreto testador no actúe como el legislador valora que actuaría un testador medio.

Debe matizarse que la ineficacia de la cláusula o de la disposición se refiere exclusivamente a la ordenación a favor del cónyuge. Si, por ejemplo, en su única cláusula el testador ordenó que fuera heredero su cónyuge sustituyéndolo vulgarmente por sus hijos comunes, éstos heredarán en lugar de su progenitor separado o divorciado del padre-causante, sin que deba abrirse la sucesión intestada (argumento artículo 167.II CS). A este último no deseado resultado podría conducir entender que el artículo 132 CS contiene una verdadera presunción de revocación. Mucho más clara resulta, en este sentido, la solución de los derechos inglés y estadounidense, basada en considerar premuerto al ex cónyuge, ya que no deja duda sobre la subsistencia del resto de las disposiciones testamentarias. La ratio del artículo 132 CS debe conducir a idéntico resultado.

VII. ¿PUEDE SER INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 132?

Al parecer, podrían existir dos causas de inconstitucionalidad del artículo 132 CS, o, por lo menos, así se desprende explícitamente en un caso y entre líneas en otro. A este segundo voy a referirme en el último epígrafe (IX). Aquí procede de nuevo regresar a la SAP Lleida de 19 de diciembre de 2000. Como sabemos, en su supuesto, se discutía la aplicación o no del artículo 132 CS al caso de un testamento otorgado en 1986 en el que el testador instituía heredera a su esposa de la que se divorció en 1990, abriéndose la sucesión en 1997. El testamento y el divorcio, pues, fueron anteriores a la entrada en vigor del CS, y se aplicó por el Juez de Primera Instancia la disposición transitoria tercera de este cuerpo, en virtud de la cual el artículo 132, como ya sabemos, se aplica a todas las sucesiones abiertas tras la entrada en vigor del CS aunque se rijan por testamentos otorgados con anterioridad. Pues bien, ahí precisamente radicaría para la representación procesal de la ex esposa el motivo de inconstitucionalidad del artículo 132: la vulneración del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos, en relación con el derecho a la libertad y a la propiedad. La recurrente solicitaba a la Sala que planteara cuestión de constitucionalidad sobre el precepto, a lo que no se accedió. En estos momentos, el recurso de casación pende ante el Tribunal Supremo al haberse

declarado incompetente el TSJ de Cataluña por razón de la alegación de inconstitucionalidad de la norma (artículo 5.4 LOPJ).

La argumentación de la SAP Lleida no puede reputarse satisfactoria. Para escapar, por una parte, del reproche de la aplicación retroactiva, asume la lectura que del artículo 132 y de la disposición transitoria tercera hace Tarragona Coromina⁷³ y, transcribiéndolo, viene a argumentar que no se trata de interpretar la voluntad del causante al tiempo de testar, sino de una nueva voluntad consecuencia de un hecho que acaece vigente la nueva ley. En primer lugar, esto no es correcto porque la sentencia de divorcio devino firme antes de la entrada en vigor del CS, a no ser que la Audiencia se refiera al hecho de la muerte del testador, pero parece claro que el fallecimiento del testador no es el hecho que inmediatamente contempla el artículo 132. Tampoco es correcto porque, como ya he dicho, la inteligencia que Tarragona Coromina da al precepto no se puede compartir, pues supone otorgar relevancia sucesoria a una voluntad no expresada dentro de los cauces formales que exige el artículo 125.1 CS.

Más acertada es la siguiente argumentación que ofrece la sentencia, en la medida en que considera que, en todo caso, no hay verdadera aplicación retroactiva del artículo 132 CS, pues el cónyuge separado o ex cónyuge no ha adquirido titularidad alguna sobre los bienes del causante, ya que el heredero nada puede adquirir mientras no se abre la sucesión. El razonamiento es certero, y echa por tierra buena parte de la argumentación de la recurrente: efectivamente, tratándose del heredero quien recurre, afectado además por la ineficacia del artículo 132 CS, no cabe alegar que se atenta contra su derecho a la propiedad, pues mientras no se abre la sucesión y se concluye el proceso de adquisición de la herencia, el heredero no goza de ningún derecho sobre los bienes hereditarios.

En realidad, la alegación de inconstitucionalidad falla en su premisa: el artículo 132 CS no es una norma sancionadora ni restrictiva de derechos, sino una norma interpretativa –mejor, integradora– de la voluntad del testador, como también reconoce la SAP Lleida. En tanto que norma integrativa, ciertamente se refiere a una voluntad pretérita, a la que se manifestó al otorgar el testamento –ahí yerra la SAP Lleida, al decir que es la interpretación de la voluntad del testador al tiempo de abrirse la sucesión: esa sería una voluntad no expresada de acuerdo con las solemnidades legales y, por tanto, irrelevante para ser ley de la sucesión, con independencia del valor que le corresponda como posible medio de prueba extrínseco–, pero tampoco hay efecto retroactivo.

⁷³ *Supra*, nota 42.

No es una norma sancionadora ni restrictiva, porque no hay sanción ni restricción. No hay pérdida de derecho, porque no hay tal derecho antes de abrirse la sucesión. El artículo 132 no penaliza al cónyuge por separarse, divorciarse o haber contraído un matrimonio nulo. Lo que hace el artículo 132 es concretar la primacía que el ordenamiento jurídico (artículo 110 CS, en este caso) reconoce a la intención del testador en el fenómeno sucesorio. El testador no hubiera hecho tal atribución de conocer que su beneficiario dejaría de ostentar la condición de cónyuge o que se rompería la convivencia conyugal. ¿Cuál es la sanción? ¿Acaso el cónyuge, en el derecho civil catalán, tiene derecho concreto a alguna participación en la herencia? Por supuesto que no, ni aun en el caso que fuera legítimo, que no lo es (artículos 352 y 353 CS). ¿Es una sanción con trascendencia constitucional que un padre no quiera dejar nada a sus hijos? Ni es sanción desde el punto de vista jurídico ni tiene ninguna trascendencia constitucional. Será un problema de derecho privado que, en todo caso, originará un supuesto de preterición intencional: el padre no podrá privar de los derechos reconocidos por el ordenamiento a los hijos –y, por ello, podrán reclamar su legítima (artículo 367.II CS)–, sin que la validez del testamento resulte afectada en lo más mínimo. El testador es, si cabe y por no gozar de la condición de legítimo, todavía más libre de efectuar atribuciones a favor de su cónyuge o de abstenerse de ello, y es libre de vincular esas atribuciones a una determinada función y a una determinada finalidad, como es libre de someterlas a condición (suspensiva) lícita. No concurre, pues, el primer presupuesto de la alegación de inconstitucionalidad.

Como, en definitiva, todo se reconduce a un problema hermenéutico, la clave está en la voluntad del causante, que ciertamente es una voluntad pretérita, que hay que integrar a la vista de si los hechos posteriores que se suceden entran en la esfera de la previsión fáctica realizada por el testador. Como ya he puesto de manifiesto, el artículo 132 CS no constituye en sí mismo una novedad, ya que la integración del testamento viene siendo reconocida por la jurisprudencia desde mucho antes. Lo que aporta la disposición transitoria tercera es la expresión de una determinada valoración que efectúa el legislador, en el sentido de hacer evidente que considera que la voluntad hipotética de un testador medio es basar –y, al cabo, vincular– la eficacia de las atribuciones al cónyuge a la suerte del matrimonio. La mejor prueba de todo ello es que el cónyuge puede defender la eficacia de la atribución, para lo cual tiene que acreditar que la voluntad de su ex cónyuge testador no se corresponde con la del testador medio hipotético, sino que ese causante quería ordenar de

todos modos la atribución con independencia del futuro del matrimonio que en el momento de testar les unía. Lo máximo que podría afirmarse es que el artículo 132 CS impone la carga de la prueba al cónyuge. No hay, pues, rastro de efecto retroactivo.

VIII. EL ARTÍCULO 123 DE LA LEY DE SUCESIONES ARAGONESA

La nueva regulación del derecho de sucesiones de Aragón incorpora una norma de claro parentesco con el artículo 132 CS. Se trata del artículo 123 LS, cuyo tenor es el siguiente:

«Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a este fin.»

Se establece claramente la ineficacia de la disposición, con independencia de la forma testamentaria de que se trate, y no una aparente presunción de revocación, como en el caso catalán. Se objetivan todavía más los motivos de esta ineficacia, pues se prescinde de toda referencia a las causas de separación, aunque por el contrario no se contempla la simple separación de hecho⁷⁴. El artículo 125.2 LS redundante en el mismo principio, al disponer que «[s]alvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél

⁷⁴ Al respecto, señala Jesús MARTÍNEZ CORTÉS, en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (coord.), *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la comisión aragonesa de derecho civil*, Zaragoza, 1999, p. 108, que «la base de esta norma es la presunción de que la alteración de su situación matrimonial conlleva un cambio en la voluntad sucesoria del testador». De modo similar, José LUIS MERINO HERNÁNDEZ, com. artículo 123, en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 1.º, Madrid, 2002, p. 841, indica que la LSA «parte de la idea germánica de la “ineficacia” de la disposición sucesoria, en lugar de la “presunción de revocación” catalana. A mí, personalmente, me parece más acertada esta última: lo que hay que entender que subyace en estos supuestos es el deseo del testador de revocar el testamento otorgado “por causa de matrimonio”». Esta argumentación presenta el problema ya conocido de conceder eficacia a una voluntad del causante no vehiculada mediante las solemnidades exigidas legalmente, con lo que el testamento resultaría al cabo revocado (cambio en la voluntad) sin necesidad de expresión testamentaria de la intención de revocar. El comentarista añade que se elimina conscientemente la separación de hecho como causa productora del efecto jurídico previsto en el artículo 123, al haberse tomado la opción de atender a la situación procesal en el momento de la apertura de la sucesión.

estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin».

IX. ¿*QUID IURIS* EN EL CÓDIGO CIVIL?

El CC no contiene ninguna norma prevista para el supuesto de hecho que contempla el artículo 132 CS. No hay, pues, ineficacia automática, pero aceptada por la jurisprudencia la interpretación integradora del testamento, no se observa impedimento alguno para que los interesados aleguen y acrediten mediante los medios de prueba necesarios y admisibles en derecho que el testador no hubiera realizado atribución alguna a su cónyuge de saber que perdería esa condición o que se rompería la convivencia conyugal, demuestren la existencia de una laguna en la regulación testamentaria y soliciten de la autoridad judicial la adecuación de los medios testamentarios a la finalidad del testador. No hay más diferencia con el derecho sucesorio catalán que la carencia de esa ayuda que supone la valoración efectuada por el legislador catalán en el artículo 132 CS, que se traduce en la ineficacia automática de la institución salvo prueba de voluntad distinta del testador.

Es oportuno, sin embargo, referirse a un caso en que, efectivamente, se ha planteado el problema, y no precisamente por parte de los sucesores. Doña María del Carmen acudió al Notario de Escalona para otorgar escritura de aceptación de la herencia de su difunto esposo, de quien estaba divorciada no habiendo nacido hijos del matrimonio. En su testamento, su entonces marido la había nombrado heredera, si bien en modalidad de fideicomiso de residuo, aunque esto no viene al caso. Presentada la escritura para su inscripción en el Registro de la Propiedad, el Registrador efectuó la siguiente calificación⁷⁵: «Denegada la inscripción del precedente documento porque la cláusula de institución de heredero reza literalmente “instituye heredera universal a su citada esposa doña María del Carmen G. P.” de donde [resulta] que la institución lo es a la esposa, aunque se especifique su nombre, y siendo que la condición de esposa ha decaído al estar dicha señora divorciada de su matrimonio con el causante y casada en segundas nupcias, debe decaer también la institución». Ante el recurso gubernativo presentado por el Notario autorizante, el Registrador

⁷⁵ Los hechos se toman de la RDGRN 26.11.1998 (RAJ 8541), comentada por María Luisa MESTRE RODRÍGUEZ, *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pp. 645 ss.

informó en defensa de su nota alegando que la institución se efectuó a la esposa, que ésta ya no lo era en el momento, que se trataba de un supuesto de expresión de causa en el testamento que deviene falsa y el artículo 132 CS. Para el Registrador, según el resumen que hace la Dirección General, el artículo 132 CS no es una especificación del derecho catalán, pues incide en materia que es competencia exclusiva del Estado como son las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, por lo que correspondiendo la regulación sobre el particular al Estado y hallándose el precepto en el derecho catalán, habrá que entender que las disposiciones de éste están implicadas en el Código civil⁷⁶. Mediante el correspondiente Auto, el Presidente del TSJ de Castilla-La Mancha confirmó la nota del Registrador por entender tácitamente revocada la institución por el posterior divorcio.

La respuesta en forma de Resolución tras el recurso del Notario a los razonamientos del Registrador de la Propiedad no es en su primer fundamento menos descabellada. Imputa al Registrador la Dirección General considerar aplicable el artículo 132 CS cuando la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento era la común, lo que es tan evidente como alejado de la argumentación: el Registrador no se apoya en el artículo 132 en tanto que derecho catalán, sino en tanto que derecho civil de aplicación general por entender –si es que se alcanza a comprender lo que quiso expresar el Registrador– que el legislador catalán había suplantado a las Cortes españolas en el ejercicio de las competencias exclusivas reservadas al Estado. Sólo puede justificarse la Resolución sobre la base que, ante lo inverosímil del argumento, es mejor salirse por la tangente. A partir de aquí, la Resolución discurre por senderos muy razonables: admite la posibilidad de construir la voluntad del testador en el sentido que presupusiera para la eficacia –que no validez– de la institución la persistencia de la relación matrimonial –máxime cuando en este caso la ex esposa contrajo ulteriores nupcias tras el divorcio–, sin que pueda revocarse el testamento sin expresar la voluntad con las solemnidades exigidas para testar, todo lo cual

⁷⁶ Ahí podría radicar el segundo motivo de inconstitucionalidad del artículo 132 CS, esto es, la falta de competencia del Parlamento de Cataluña para aprobar un precepto semejante, por supuesto si se comparte el disparatado criterio del Registrador de la Propiedad. El precepto es evidente que no afecta para nada a las formas jurídico-civiles del matrimonio, pues sólo contempla la incidencia de la separación, el divorcio o la nulidad en una cláusula testamentaria, actuando sólo sobre la voluntad del causante y permitiendo la prueba de ésta en otro sentido. De seguirse el razonamiento del Registrador, no podrían regularse los derechos sucesorios del cónyuge viudo, pues presuponen la existencia de matrimonio, cuya regulación es competencia del Estado según el artículo 149.1.8.ª CE. No hacen falta, pues, más comentarios, y en cuanto a la competencia autonómica, me remito a Ferran BADOSA COLL, «La regulación del matrimonio a partir de la Constitución», en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico*, Salamanca, 1989, pp. 333 ss.

requiere de un proceso declarativo contradictorio donde pueda practicarse incluso la prueba extrínseca oportuna, revocando el Auto recurrido en base al principio del *favor testamenti* mientras no se acredite esa voluntad del testador de no haber realizado en tal evento la institución a favor de su entonces cónyuge.

Como decía al principio, la Resolución viene a reconocer que no existe impedimento dogmático a la integración del testamento para adecuar las finalidades del testador al suceso imprevisto de la crisis matrimonial, pero la ausencia de un precepto como el artículo 132 CS obliga a demostrar que la voluntad del testador, a partir de esa finalidad, presupuso el mantenimiento del vínculo matrimonial. No hay ineficacia inmediata supeditada a la falta de acreditación de una voluntad distinta, pero tampoco obstáculo a la labor integradora del intérprete en aras de la realización de la hipotética voluntad del causante.

Así lo ha estimado la SAP Málaga de 13.12.1999⁷⁷. La Sala acude a la interpretación integradora (tomando en consideración el artículo 3 CC, «en cuanto a la realidad social»), considerando que «el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa», de modo que «si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición. Por lo que se refiere a la fundamentación dogmática del fallo, la Sala entiende que «caben dos opciones: en primer lugar, que el testador no se plantee bajo ningún concepto el posible problema posterior; y, en segundo caso, que el testador favorezca a su cónyuge creyendo positivamente que seguirán casados y conviviendo hasta su muerte. Sólo en el primer caso podrá hablarse de error o causa falsa, aunque no obstante puedan reconducirse en ambos supuestos a la regulación del error en nuestro Código civil. En esta materia únicamente cabe, en nuestro ordenamiento, la posibilidad de acudir al artículo 767 del Código civil». Pienso que, pese al razonamiento, no es imprescindible apoyarse en el artículo 767 CC ni en la existencia de un error en los motivos (existentes en el momento de testar), sino que basta con el artículo 675 CC y la admisión de la interpretación integradora⁷⁸.

⁷⁷ *Aranzadi Civil*, 8478. La ponencia es de la Catedrática de Derecho Civil doña Ana Cañizares Laso.

⁷⁸ En fase de corrección de pruebas ha llegado a mi conocimiento el Auto del Presidente del TSJ de Cataluña 23/2002, de 3 de junio («Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña» núm. 101, julio-agosto 2002, pp. 197-201). El testador había instituido heredera a su esposa, a quien sustituía vulgarmente por su hija y en su defecto por su hermano. En la escritura de manifestación de herencia, la heredera, tras manifestar que estaba separada de hecho del testador, renunció a la herencia. El Registrador denegó la inscripción con base en el artículo 132 CS, entendiéndolo —contra lo que he dicho en la página 94— que toda la cláusula era ineficaz, incluso la sustitución vulgar. El TSJ considera que la cuestión no puede resolverse extrajudicialmente y ordena la inscripción.

¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones «supernumerarios»

PABLO DE LORA
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores preocupaciones que algunos miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida expresan en su primer informe anual publicado en 1998 radica en la existencia de más de 30.000 embriones congelados depositados en los bancos de los centros autorizados para practicar técnicas de reproducción asistida¹. Tales embriones son «restos»² de fecundaciones in vitro que pueden permanecer conservados en aquel estado por un plazo máximo de cinco años. Ese período, establecido en el artículo 11.3 de la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRA), ha sido ampliamente rebasado. Y la pregunta parece obvia: ¿qué hacer con ellos? También la respuesta de más de uno pudiera ser obvia, desde su perspectiva, y adquirir la forma de un interrogante formulado con perplejidad: ¿y qué más da?

De acuerdo con el artículo 29 del Código Civil, «el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables». Si existir es un efecto favorable, nos dice Vila-Coro, y un embrión es «un concebido», resultará que a aquél habrá de tenerse por

¹ Son Javier Gafo y María Dolores Vila-Coro los que se muestran más sensibles al problema. En lo sucesivo citaré según el sistema autor-fecha-página. Las referencias completas se encuentran en la bibliografía final.

² No me resisto a consignar que en algún documento que la Iglesia Católica utiliza para la difusión de su doctrina, los embriones sobrantes son denominados «supernumerarios»; *vid.*, P. MAURIZIO FAGGIONI, «La cuestión de los embriones congelados», en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/congelados.htm>. También algunos civilistas españoles han acogido esa nomenclatura: FEMENÍA LÓPEZ, 1999, p. 15.

nacido. Y ello genera una consecuencia importante: será sujeto de derechos, entre los cuales destaca, muy principalmente, el de no ser destruido. Estamos así ante un razonamiento formalmente impecable, esto es, deductivamente válido, porque, siendo sus premisas verdaderas, su conclusión lo es necesariamente. Atacarla nos obliga por tanto a poner en solfa las premisas que han servido para que la misma sea válidamente derivada. Como parece difícil de negar el hecho de que un embrión es un concebido, la discusión habrá de centrarse en torno a: 1) la existencia como efecto favorable, y 2) el alcance que tiene el derecho a existir, es decir, cuáles son las obligaciones correlativas a que daría lugar tal derecho. Vayamos, pues, a ello, si bien antes abordaremos otra dificultad que surge de la Ley 35/1988, y que también está conectada con la técnica de la fecundación in vitro.

Todo lo que nos dice el anterior argumento es que el embrión congelado es *tenido por nacido* y que como tal «tiene derechos», siendo el primero, y más importante de ellos, el de existir. A continuación, creo que cualquiera se preguntaría: ¿pero es que no *existen* ya de hecho los embriones? Si se respetara esa existencia mediante, su no destrucción, nos limitaríamos a conservarlos indefinidamente, y el problema se habría solucionado.

Bien es verdad que alguien, supongamos que los «padres», tendría que hacerse cargo de los gastos de mantenimiento, y que en caso de divorcio o separación habría que decidir quién «se queda» con los embriones³. Aunque la primera es una dificultad menor, la segunda, sin embargo, no lo es tanto. Veámos por qué.

2. ¿A QUIÉN PERTENECEN LOS EMBRIONES?

De acuerdo con el artículo 2.4 LTRA, parece que sólo la mujer puede revocar el consentimiento prestado para ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida; es decir, provocar la suspensión del proceso una vez han sido entregados los gametos o habiendo habido fecundación in vitro.

¿Nada tiene que decir al respecto el marido o pareja? Evidentemente, para que sea usado su esperma en una inseminación artificial o una fecundación in vitro con posterior implantación debe

³ No es ciencia ficción. La Corte Suprema del Estado de Tennessee tuvo que dilucidar finalmente en 1992 un litigio planteado en estos términos después de una larga batalla procesal; *vid.*, *Davis v. Davis*, 842 S. W. 2d 588 (1992).

prestar su consentimiento⁴. Fernando Pantaleón, uno de los civilistas españoles de opinión más autorizada, se inclina a pensar, sin embargo, que en el caso de fecundación o inseminación homóloga⁵, una vez aportados los gametos y habiendo ya fecundación, el varón no puede impedir la continuación del procedimiento. Y a la inversa: si él quisiera que culminara pero la mujer no deseara la implantación o la inseminación, su criterio, como no podía ser menos, no puede primar frente al de la mujer⁶.

Pues bien, que la revocación del varón casado o pareja, en el primer caso, no surta efecto, no deja de ser chocante si ello supone que no puede ya desligarse de sus responsabilidades y obligaciones paterno-filiales. Que lo pudiera hacer resulta, en mi opinión, lo más coherente con el resto de la ley y con el principio de igualdad⁷; y ello por lo siguiente.

En el artículo 6.1 se indica que toda mujer puede ser usuaria de las técnicas siempre que sea mayor de edad y cuente con plena capacidad de obrar. En el inciso 3 se añade una condición: «Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido...». Nuevamente, debemos entender que tal consentimiento es necesario para el uso de su semen, pero es más que discutible que si la mujer decide utilizar el de un donante anónimo tenga que pedirle «autorización» a su cónyuge. De ser así, habría una discriminación flagrante con respecto a las mujeres solteras⁸. La interpretación del precepto ha de ser entonces que, en caso de que no se hubiera prestado consentimiento por parte del marido o pareja, éste no quedará

⁴ Se trataría, meramente, de un consentimiento para que su acción sea considerada libre, no compulsiva, y no un consentimiento constitutivo de efectos jurídicos como el que establece la ley para el caso del varón (casado o no) que «consiente» el uso de las técnicas por parte de su cónyuge o pareja y se convierte con ello en el padre legal (art. 8.1 y 2).

⁵ Fecundación in vitro o inseminación artificial homóloga es la producida con gametos procedentes de la pareja, a diferencia de la heteróloga, en la que sí hay utilización de gametos procedentes de, al menos, un donante que no es miembro de la pareja.

⁶ Esa sería su interpretación del artículo 9.4 de la Ley, que reza: «El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas»; *vid.*, 1993, p. 137, núm. 20. El Tribunal Constitucional, en la STC 116/99, de 17 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad que contra la Ley interpusieron 63 diputados del Partido Popular, ha considerado con respecto al efecto de la marcha atrás de la mujer (contemplado en el art. 2.4 como suspensión del procedimiento) que: «No hay en la dicción de la Ley motivo que permita interpretar esa posibilidad de suspensión, concedida a la mujer, como una opción permisiva y abierta a un nuevo supuesto de aborto no punible, pues, concluida la práctica de tales técnicas de reproducción asistida, el precepto no autoriza en absoluto a suspender el proceso de gestación. Conclusión que se ve reforzada por la propia realidad biológica de los materiales reproductivos a que se refiere la Ley 35/1988, cuando menos hasta el momento de su transferencia al seno materno» (FJ 10). En la misma línea se pronunció en su momento Pantaleón (*ibid.*), entendiendo que esa suspensión es equiparable a la producida por la utilización de un dispositivo intrauterino.

⁷ Así también SHIFFRIN, 1999, p. 146, núm. 53.

⁸ Coincido así con LEMA ANÓN, 1999, p. 364.

sujeto a las obligaciones paterno-filiales⁹. En ese supuesto, su arrepentimiento pudiera tener el mismo alcance que la ausencia de consentimiento inicial: el cónyuge no podría impedir que la mujer continuara con el proceso, pero a la mujer no le cabría obligarle a asumir una paternidad no deseada. Así, aun siendo finalmente el padre biológico, su revocación tendría la consecuencia de convertirle en un donante «anónimo», a los efectos de extenderle la inmunidad que la ley establece en el artículo 5.5 (el conocimiento por parte del hijo o la madre de su condición de padre biológico no permitirá una reclamación de paternidad¹⁰) y a la madre la posibilidad de que con la «autorización» del nuevo cónyuge o pareja, éste se convierta en el padre legal.

Alguien podría interpretar esta construcción como una versión contemporáneamente legitimadora del «poner pies en polvorosa» por parte del varón. Pero entre ambas situaciones me parece que hay un rasgo crucialmente distintivo: la alternativa de la mujer en una fecundación in vitro o inseminación artificial a la que el varón ahora se opone tras haber accedido inicialmente, supone la no

⁹ Véase que, a sensu contrario, el artículo 8.2 otorga al consentimiento expresado por el varón no casado la consecuencia de quedar sometido a las responsabilidades y obligaciones de la paternidad. Al decir de Pantaleón, es absurdo que la Ley le otorgue esa relevancia de «asunción de la paternidad», al documento en el que el varón no está sino reconociendo no ser el padre; *vid.*, 1993, p. 145, núm. 41. La objeción de Pantaleón no ha de sobredimensionarse, pues se centra en la (defectuosa) remisión hecha por el artículo 8.2 al artículo 49 de la Ley del Registro Civil, a los efectos de cifrar en el «consentimiento» del varón no casado a que su pareja utilice gametos de tercero, la constitución de la relación paterno-filial (el art. 49 de la Ley del Registro Civil prevé el establecimiento de lazos de filiación extramatrimonial cuando exista un «[e]scrito indubitado del padre en que expresamente reconozca la filiación»). Lo que sí se pone de manifiesto es que el legislador de la Ley 35/1988 ha privilegiado la paternidad fruto del acuerdo o la voluntad, más que del hecho biológico (*vid.*, en esta dirección, GONZÁLEZ MORÁN, 1998, p. 157). Pero esa opción, de acuerdo con Pantaleón, habría debido alcanzar al padre legalmente casado de forma más nítida a cómo se deduce de los artículos relevantes de la Ley, y además al nacido de una relación extramatrimonial (no asistida artificialmente) que, como el fruto de la inseminación o fecundación heteróloga, debería verse privado, también, de la acción de impugnación de la paternidad del compañero o marido de su madre o de la reclamación de paternidad del padre biológico. Esta posibilidad, sin embargo, permanece incólume tras la promulgación de la Ley 35/1988; *vid.*, Pantaleón, 1993, pp. 145 y 146, núm. 41.

¹⁰ Con esa revocación expresa se destruiría la presunción de paternidad que establece el artículo 116 del Código Civil («Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»). Es cierto que la Ley establece como regla general la irrevocabilidad de la donación de óvulos o esperma, salvo que «[e]l donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles...» (art. 5.2). Ello no habría de impedir extender la condición de donante anónimo al marido o pareja, una vez que da marcha atrás (arguyendo que los donantes no pueden revocar), ya que su consentimiento inicial no era como donante. Además, al decir de Pantaleón, *lege ferenda* el donante anónimo sí debería poder revocar su donación «[h]asta el momento de la efectiva utilización del material genético donado»; *vid.*, 1993, p. 136. Por coherencia con el resto de sus tesis, se debe entender ese momento como el de la fecundación.

implantación del embrión o la no inseminación; en la situación tradicional la disyuntiva es el aborto.

Bien es verdad que si concluyéramos que este último, en su fase más temprana, y en un sistema que lo permite con todas las garantías legales y sanitarias, no es un remedio tan costoso, no acaba de verse claro por qué la ley impone a los varones una obligación ineludible de ser padre cuando no quiere serlo e independientemente de cuáles hayan sido las circunstancias del embarazo, sólo porque éste se ha producido por medios naturales. En las condiciones aludidas, en las que la interrupción voluntaria pudiera llevarse a cabo, ésa resultaría ser una imposición tan poco justificada como la que se derivaría de no permitirle arrepentirse cuando ya ha donado su esperma y se produjo la fecundación.

Es cierto que se ha solido sustentar ese deber inexcusable de paternidad por el interés del menor de ser criado en una familia biparental. El nuevo marco de la Ley 35/1988 y el régimen de adopción en España (*vid.*, art. 172 CC), sin embargo, no nos permite utilizar este argumento toda vez que está permitido que la mujer soltera o viuda sea usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida y que tanto hombres como mujeres solteras adopten.

Anteriormente se afirmó que si es la mujer la que no anhela seguir adelante, obviamente su decisión es soberana con respecto a la del varón. También esto habría de ser matizado, pues, nuevamente, ¿qué impide que sea entonces el varón quien se reserve un uso futuro del embrión para que sea implantado en su nueva pareja, previa renuncia a su maternidad de la mujer que aportó el óvulo, quedando así igualmente protegida de una futura reclamación de maternidad? El artículo 10 declara nulos de pleno derecho los llamados contratos de maternidad de alquiler o maternidad subrogada, esto es, cuando se conviene «[l]a gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». En el supuesto que nos ocupa, no habría, en sentido estricto, contrato alguno ni la madre «subrogada» (la nueva pareja) gesta renunciando a su maternidad (sino asumiéndola), por lo que esta solución no sería contraria a aquel artículo ¹¹.

Finalmente, tal vez este planteamiento adolezca de una omisión importante. El o la que se arrepiente podrá no tener un derecho genérico a impedir la paternidad o maternidad del cónyuge o pareja, pero debe poder vetar que se engendre un hijo, a fin de cuentas,

¹¹ En favor de esta solución jugaría además el hecho de que entre la maternidad biológica y la de gestación, la Ley se inclina por primar a esta última (art. 10.2).

*suyo*¹². Si esto es así, si resulta atendible que uno quiera controlar de manera soberana su descendencia genética, las anteriores consideraciones creo que dictan que en caso de desacuerdo en una inseminación artificial o fecundación in vitro homóloga, queriendo uno pero no el otro continuar el procedimiento, el hombre y la mujer podrían, *por igual*, imponer su criterio de que no culmine¹³. La solución entonces no sería otra que la destrucción de los embriones o su donación para que fueran usados en la experimentación¹⁴. Y éste es, realmente, el supuesto problema mayúsculo con el que iniciaba estas páginas, y al que hemos de volver ahora.

3. LLEGAR A SER HUMANO COMO EFECTO FAVORABLE

En realidad, el «efecto favorable» en el que está pensando la comisionada M.^a Dolores Vila-Coro, que esgrime el artículo 29 del Código Civil para oponerse a la destrucción o uso para la experimentación de los embriones, no es la mera existencia (en este caso como embrión congelado), sino *el llegar a existir como ser humano*¹⁵. Por lo tanto, el embrión no sólo no ha de ser destruido sino

¹² Éste es el presupuesto del que deriva la crítica posición de Pantaleón sobre dos de los aspectos de la Ley 35/1988: la irrevocabilidad de las donaciones de gametos y la apropiación de los preembriones sobrantes por parte de los Bancos; *vid.*, 1993, pp. 135 y 136.

¹³ Entre estas dos aguas navega la solución dada finalmente por la Corte Suprema del Estado de Tennessee en *Davis v. Davis* (*vid.*, *supra* nota 3). En apelación, la Corte de Apelaciones había afirmado el derecho de veto del marido a tener descendencia, frente a la pretensión de la mujer de donar los embriones, pues: «De acuerdo con los hechos del caso, sería repugnante y ofensivo a los principios constitucionales obligar a Mary Sue a implantarse los embriones contra su voluntad. Sería igualmente repugnante obligar a Junior a soportar las consecuencias psicológicas, cuando no jurídicas, de la paternidad, en contra de su voluntad». La Corte Suprema, en cambio, aunque no favorece las pretensiones de Mary Sue, desmiente que esa regla de veto que tendrían ambos sea en todo caso la pauta a seguir. Por regla general, se afirma en la decisión, pesará más el deseo de no tener descendencia genética (si se va a procrear en solitario, o, como en este supuesto, la pretensión de la otra parte es donar los embriones a una pareja extraña). Pero pudiera ocurrir que ese interés ceda ante el deseo de la mujer que aportó el óvulo de ser madre con otra pareja; *vid.*, 842 S. W. 2d, 588 (1992).

¹⁴ De nuevo aquí se nos plantea la dificultad de si cabría por esa razón obligar a la mujer a abortar, cuando la interrupción del embarazo no es costosa (en términos sanitarios y legales). ¿Prima el interés del padre a que no exista un descendiente genético suyo frente al interés de la mujer de no ser sometida a una intervención contra su voluntad? Me inclino a pensar que no, y que sí debe triunfar en cambio el susodicho interés del progenitor frente al deseo de la mujer de serle implantado el embrión cuando la fecundación no ocurre por medios naturales.

¹⁵ En una obra en la que amplía sus tesis, Vila-Coro también afirma no ver problema en instituir como heredero a un embrión congelado; *vid.*, 1995, p. 170. La autora, con todo, no está sola en este intento de otorgar la máxima protección jurídica posible al embrión; *vid.*, al respecto, entre otros, José Enrique BUSTOS PUECHE, para quien el embrión «... por ser un individuo vivo de la especie humana, merece amparo jurídico sustancial-

que debe procurarse su implantación uterina para que desemboque en lo que naturalmente está programado para ser. El razonamiento entonces ha de modificarse para que rece: el concebido es tenido por nacido para todos los efectos que le sean favorables; llegar a existir como ser humano es un efecto favorable, por lo tanto el concebido es tenido por nacido, con la consiguiente atribución de un, diríamos, derecho a ser «ser humano» y la correlativa obligación por parte de alguien de brindar tal existencia. En definitiva, *el concebido es tenido por nacido para que llegue a ser nacido*, todo lo cual, me parece, tiene menos que ver con el artículo 29 del Código Civil, que con una peculiar visión sobre el valor de la vida humana.

Una concepción cuyo carácter excéntrico se revela de manera drástica cuando al simple hecho biológico de la fecundación se le atribuye una fuente de obligaciones, en beneficio de esa materia biológica, que pueden llegar a ser llamativas. Considérese si no el siguiente ejemplo (gráfico y provocativo) de Peter Singer:

En el laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación in vitro, se ha obtenido el óvulo de una mujer y se le ha colocado en un recipiente. El espermatozoide de su compañero se encuentra en otro recipiente adyacente, listo para ser mezclado en la solución que contiene al óvulo. De pronto, se producen malas noticias: la mujer está sangrando por el útero y no estará en condiciones de recibir el embrión durante al menos un mes. Por tanto, no tiene objeto seguir adelante con el procedimiento. A un ayudante de laboratorio se le dice que se deshaga del óvulo y del espermatozoide, y lo hace, tirándolos en el fregadero. De momento, todo va bien; pero unas cuantas horas después, cuando el ayudante vuelve al laboratorio para preparar el siguiente procedimiento, se da cuenta de que el fregadero está atascado, y que el óvulo y su fluido todavía siguen ahí, en el fondo del fregadero. Está a punto de desbloquear el atasco, cuando se da

mente equivalente al que merecen los otros individuos vivos más desarrollados de la especie humana», 1996, p. 74.

Bien es cierto que las más altas cotas del pintoresquismo en la personificación del concebido se alcanzaron en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4980) y de 15 de octubre de 1983 (RJ 1983/4749), conocidas como del «turismo abortivo». En aquellas fechas, cuando aún no se había despenalizado el aborto en España, el artículo 339 de la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial exigía que tanto el autor como la víctima de un delito fueran españoles para que pudiera ser aplicada la ley penal española a los hechos cometidos en el extranjero. Las sentencias mencionadas salvaban el escollo para condenar a la mujer que había abortado en Francia (en el caso de la sentencia de 1980) y en Gran Bretaña (en la segunda resolución mencionada), bien entendiéndose que el sujeto pasivo del delito de aborto es el Estado que «tiene un interés ético, familiar o simplemente demográfico... en la conservación del *nasciturus*» (STS de 20 de diciembre de 1980), bien considerando que el embrión es «una vida española» (STS de 15 de diciembre de 1983). Para una crítica de las tesis vertidas en esta última, véase sin más la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1984, de 27 de junio, estimatoria del recurso de amparo de la condenada (en particular, el voto particular firmado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente).

cuenta de que también se ha tirado el esperma en el fregadero. ¡Lo más probable es que el óvulo haya sido fecundado!¹⁶

Si realmente en el fondo del fregadero hay un sujeto de derechos, no sólo no cabe desatascarlo, sino que, hasta tanto no dispongamos de úteros artificiales, habrá que procurar su alojamiento natural. Y ello porque, de acuerdo con Vila-Coro, de otra forma se estaría negando la vida a un ser humano, y además lo que ella denomina el derecho a *su* «hábitat», si la implantación no es en el útero de la mujer que aportó el óvulo¹⁷. Ello, obviamente, no es siempre posible, pues existen embriones vivos inviables, y seguramente el nuestro que se quedó atascado lo es. Pero incluso a éstos reserva Vila-Coro la condición de ser sujetos del derecho a la «vida»¹⁸.

Así y todo, lo cierto es que no resulta nada sencillo vislumbrar en qué consiste el derecho a la vida de quien no puede llegar a vivir, y no reunirá en ningún caso las condiciones del artículo 30 del Código Civil («[f]eto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno»), para que le sean atribuidos los efectos favorables que dispone el artículo 29 del Código Civil. La tesis de Vila-Coro, me temo, resulta sencillamente ininteligible. Seguramente también es arbitraria en lo que hace a su glorificación del momento de la concepción, y ello por las razones siguientes.

El preembrión resultante de la fecundación tiene muchas posibilidades de llegar a existir como ser humano, pero también las tienen los espermatozoides y los óvulos, aunque no haya habido concepción. En definitiva, ¿por qué ésta marcaría una frontera tan relevante desde el punto de vista moral?¹⁹. Supongamos ahora a nuestro ayudante de laboratorio armado con un instrumento conocido como Inyección de Esperma Intracitoplasmática, una técnica que permite la fecundación de manera infalible de un espermatozoide particularmente seleccionado para la ocasión. La aguja microscópica ya se ha introducido en la zona pelúcida del óvulo elegido, y el ayudante ha comenzado la introducción, cuando unos

¹⁶ SINGER, 1995, p. 198.

¹⁷ 1995, p. 101. En palabras de la propia autora, «En la etapa prenatal se violenta el hábitat cuando se efectúa la cesión de óvulos o embriones. La llamada subrogación de útero o madre de alquiler es un ejemplo de cómo se puede obligar a un embrión a desarrollarse en un medio que le es ajeno, cercenando su derecho a desarrollarse en el seno de la madre que le ha engendrado», *ibid.*, p. 209.

¹⁸ Ídem, pp. 269-278 y 1994, pp. 301 y 302. En la misma línea cfr. y BUSTOS PUECHE, 1996, pp. 205 y 206. Ésta es la posición que también sustenta la Iglesia Católica; *vid.*, la *Instrucción Donum Vitae sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 22 de febrero de 1987.

¹⁹ Así, HARE, 1993c, p. 157.

asaltantes irrumpen en la habitación y disparan contra él. ¿Por qué razón no habrían matado a dos seres humanos? ¿Será que hay que esperar a que el espermatozoide libere su núcleo haploide en el citoplasma de la célula femenina? ¿O es más bien cuando se produce la singamia –la fusión de los dos pronúcleos– cuando ya hay un ser humano? ²⁰. Si, como pudiera revelar nuestro ejemplo, cabe anticipar la frontera de la «potencialidad» a algún momento previo a la fecundación porque aquélla se relaciona con la probabilidad de llegar a ser «ser humano», y la probabilidad sigue siendo predicable aun cuando el espermatozoide y el óvulo se encuentran «alejados», ¿habría que prohibir entonces toda práctica sexual no conducente a la reproducción? ²¹.

4. LA OBLIGACIÓN DE PROCREAR (I): LA DOCTRINA CATÓLICA

La doctrina oficial de la Iglesia Católica considera que la planificación familiar, es decir, «evitar un nuevo nacimiento durante algún tiempo o por tiempo indefinido», planificación que siempre ha de ser «natural», debe adoptarse sólo por «graves y serios motivos» ²². Como regla general, la Iglesia Católica enseña que la observancia de las normas de la ley natural interpretada por su doctrina exige que cualquier acto matrimonial debe quedar «... abierto a la transmisión de la vida» ²³. Usar el «don divino del amor conyugal» sorteando, aun sólo parcialmente, su significado y finalidad implica contradecir la naturaleza del hombre y la mujer, así como el plan de Dios y su voluntad. «Usufructuarlo», en cambio, respetando las leyes del proceso generador supone reconocerse no cómo árbitros, sino como administradores de dicho plan ²⁴. En la práctica, y teniendo en cuenta que «[e]l matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de suyo se ordenan a la procrea-

²⁰ De tal forma describe el proceso de fecundación el Director del Departamento de Genética de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Lacadena, preguntándose él mismo «¿En qué momento preciso podría decirse, por tanto, que existe ya el cigoto? Este interrogante afectaría a las posturas que mantienen que la persona aparece en el momento de la fecundación»; *vid.* su página web: <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumana10.html>

²¹ En esa línea, HARE, 1993c, p. 157.

²² *Carta Encíclica Humanae Vitae sobre la transmisión de la vida humana*, S. S. Pablo VI, 25 de julio de 1968.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ídem.*

ción»²⁵, este dogma lleva a condenar el aborto, aunque sea por razones terapéuticas, la esterilización directa, perpetua o temporal tanto del hombre como de la mujer, la generación de un ser humano sin que medie la actividad sexual²⁶, toda intervención no terapéutica sobre el patrimonio cromosómico y genético, la fecundación in vitro homóloga y heteróloga, la inseminación artificial heteróloga y también la homóloga si el medio técnico sustituye al acto conyugal, la fecundación artificial de la mujer no casada, soltera o viuda (incluso si es con semen del marido fallecido), la maternidad subrogada, la masturbación²⁷ y «[t]oda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga, como fin o como medio, hacer imposible la procreación»²⁸. Proponérselo, en cambio, durante los períodos infértiles (es decir, usar los llamados «métodos naturales»), constituye un uso legítimo de una disposición natural.

Ante esto, de nuevo, nos asaltan las preguntas: ¿y por qué no resultan ilegítimas las intervenciones terapéuticas sobre el embrión humano cuando la disposición natural –cromosómica– ha determinado que el individuo padecerá una enfermedad severa²⁹? ¿Por qué no resulta ilegítimo, sin más, impedir el cáncer, o el desarrollo de tantas y tantas enfermedades de las que no somos responsables? ¿Por qué curarlas no constituye sortear algún plan divino, algún designio de Dios mediante el que se producen, o «están ahí» por alguna razón, como los ciclos fértiles de la mujer? A lo mejor resulta que sí es ilícito tratar de impedir las. En un pasaje que uno no sabe muy bien cómo tomar, para demostrar cuán intensa es la relación del embrión con su hábitat natural (el útero de la madre genética, al que

²⁵ *Instrucción Donum Vitae, cit.* Y es que toda sexualidad fuera del matrimonio, o los actos sexuales no «ordenados a la procreación» en el matrimonio (como la sodomía u otros) son condenables porque suponen disociar los dos significados del acto conyugal que Dios ha querido (el llamado significado «unitivo», de hacerse una sola carne, y el procreador). Además, implica «tratarse mutuamente como medios para la obtención de placer», logro que, *per se*, no es bueno y que, supuestamente, daña la integridad personal e interpersonal. Sobre esta doctrina puede verse, por todas, la *Instrucción Donum Vitae, cit.*, la elaboración y defensa apasionada que desde la filosofía jurídico-moral ha hecho recientemente GEORGE, 1999, pp. 6-7, 139, 141, 145-150, 153, núm. 2, 163-174, la recepción de la misma representada en el ámbito del Derecho civil español por el pensamiento ultraconservador de SANCHO REBULLIDA, 1988, p. 107, y las exégesis más críticas del teólogo católico Javier GAFO, 1998, pp. 196-209, y de LEMA AÑÓN, 1999, pp. 217-236.

²⁶ Por clonación, fisión gemelar o partenogénesis.

²⁷ Véanse, por todas, la sección 2352 del *Nuevo Catecismo de la Iglesia Católica* y la *Declaración Persona Humana sobre algunas cuestiones de ética sexual*, emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe el 29 de diciembre de 1975.

²⁸ *Carta Encíclica Humanae Vitae, cit.*, y *Instrucción Donum Vitae, cit.* Así, y según informa Javier GAFO, en un estudio comparado sobre la postura de las grandes religiones ante la procreación asistida, la Iglesia Católica se sitúa como la menos tolerante de todas; *vid.*, 1998, pp. 193 y 194.

²⁹ Así se admiten en la *Instrucción Donum Vitae, cit.*

según Vila-Coro el concebido «tiene derecho»), esta autora nos recuerda que la madre le transmite las enfermedades que ella misma padece, que suponen a veces taras irreversibles³⁰. ¿Tampoco en ese supuesto hemos de privarle a ese embrión de su presunto derecho al hábitat natural procurándole uno menos dañino generosamente ofrecido por otra mujer, y permitiendo a la primera ser madre genética? ¿No respetaríamos así mejor su futuro como ser humano?

Estrictamente hablando, por tanto, la Iglesia Católica no condena la sexualidad no orientada a la procreación porque se esté evitando la creación de la vida humana, sino porque cree ver que, por mandato divino, dicha actividad sólo es lícita cuando se practica asumiendo la posibilidad de la concepción.

5. LA OBLIGACIÓN DE PROCREAR (II): EL PRESCRIPTIVISMO UNIVERSAL DE R. M. HARE

Hay voces, sin embargo, que sí atienden al ejemplo de Singer que pone en solfa la pertinencia del momento de la fecundación como punto a partir del cual emerge un deber de respetar la existencia y continuidad de ese ser humano que se inicia. La más autorizada y relevante tal vez sea la de R. M. Hare, que entiende que podemos tener obligaciones para con gente que pudiera llegar a existir. De acuerdo con él, si ante nosotros se presenta una elección entre brindar existencia y no hacerlo, los intereses de seres potenciales han de ser considerados. Éste resulta un corolario obvio para un utilitarista, como él, que proclama que nuestras acciones han de encaminarse a lograr un estado de cosas donde se incrementa la felicidad con respecto al estado de cosas previo a actuar. Suponiendo que los futuros seres humanos serán felices, trayéndolos al mundo incrementaremos la felicidad global³¹.

Una de las razones por las que cabe objetar esta tesis de Hare ha sido aducida por Derek Parfit. Él la sintetiza afirmando que la anterior conclusión a la que conduce el utilitarismo de Hare (nuestro deber de aportar vida humana al planeta en la mayor medida posi-

³⁰ *Vid.*, 1995, pp. 214-216.

³¹ HARE, 1993a, p. 67. Para una versión del utilitarismo que concibe la utilidad en términos de satisfacción de preferencias, la obligación de brindar existencia humana al mundo no resulta tan obvia en la medida en que tales seres, por potenciales, no tienen preferencias. Ahora bien, de la misma manera que el utilitarismo de la «felicidad global» vinculaba la existencia de la obligación a que los futuros seres humanos fueran felices, la variante de la satisfacción de preferencias derivaría el mismo deber tan pronto como los futuros seres satisficieran sus preferencias; es decir, tan pronto como bajo el concepto «ser feliz» englobáramos la condición «satisfacer preferencias».

ble) es «repugnante»³². Y es que, partiendo de una población dada con una determinada calidad de vida, siempre cabe concebir una población más alta con una calidad de vida menor, que en conjunto compensa por el incremento, y así llegar a una población vastamente aumentada con un nivel de calidad de vida sólo escasamente por encima de punto a partir del cual no merece la pena vivir, pero también compensada con respecto a la primera. ¿Es ése el mundo que anhelamos³³? En realidad, ni ése es el estado de cosas deseable, ni tampoco esa forma de rendir tributo a la vida parece la adecuada. Y ello porque, como ha señalado Ronald Dworkin, la vida, a diferencia de otros bienes, tiene valor *intrínseco* y *no acumulativo*. Revalorizamos el valor único de cada vida pero no pensamos, como sí creemos en relación a bienes tales como el conocimiento o el amor, que «cuanta más vida haya mejor»³⁴.

Para defenderse de la acusación de Parfit de ser repugnante la obligación de brindar vida porque ello incrementa en algún sentido la utilidad, Hare recurre a la consecuencia de ser favorable existir con la que ya estamos familiarizados. Para él, la obligación de producir el beneficio de la existencia es una manifestación más de la teoría ética que ha defendido tradicionalmente (el prescriptivismo universal): lo que debamos o no hacer será el resultado de un conjunto de prescripciones formuladas universalmente, esto es, desde un punto de vista imparcial que por ello considera por igual todas las preferencias de todos los sujetos (posibles o reales). De ahí que, en su opinión, yo deba preguntarme si prefiero existir a no existir y en ese caso prescribir cuál es la acción debida (en el supuesto que nos ocupa, procurar la existencia del ser potencial).

6. LA VIDA COMO PERJUICIO: LA STS DE 4 DE FEBRERO DE 1999

Fijémonos bien que lo que yo me planteo es si prefiero existir a *no haber existido nunca*, y no tanto si prefiero seguir viviendo a

³² PARFIT, 1982, p. 142.

³³ Este efecto repugnante es consecuencia de asumir una versión «total» del utilitarismo. No sería el caso, sin embargo, si contempláramos una variante que toma en consideración la utilidad media por individuo. Así, si el nuevo ser al llegar a existir baja la media, no hemos de traerle al mundo aunque él obtenga alguna utilidad de valor positivo. Con un ejemplo esto se clarifica un poco más. Imaginemos que actualmente la población es de 100 individuos y la utilidad es de 500 unidades. Toda utilidad positiva que el nuevo ser brindara por debajo de cinco unidades, hace que no deba llegar a existir, puesto que su presencia hará bajar la utilidad media, aunque la utilidad total se incremente.

³⁴ *Vid.*, 1994, p. 95.

morir³⁵. De ahí la razón de que éste sea uno de esos interrogantes metafísicos que producen vértigo. Y es que a primera vista cualquiera piensa que se trata de una pregunta que presupone una comparación imposible: mi existencia actual con un estado de cosas (no haber existido) del que ni siquiera tengo la más remota idea de cómo concebir. Hare arguye lo siguiente en relación a esta dificultad:

Muchos agradecemos nuestra existencia, y de lo que se agradece cabe decir que se prefiere que exista a que no exista. No digo que la existencia sea en sí un beneficio, sino que para aquellos que disfrutan de la vida lo es como condición necesaria de ese disfrute. Supongamos que dramatizamos el argumento imaginando que podemos ordenar, desde la eternidad, a nuestros padres, o a Dios, si traernos al mundo (o habernos traído). Lo que afirmo es que, si nuestra felicidad es mayor que cero (si nuestras vidas, como poco, merecen la pena), así debemos prescribirlo³⁶.

El problema de planteamientos como el de Hare y otros similares no es sólo que nos sugieran reflexionar sobre un estado de cosas inconcebible, sino que en esa invitación a considerar un enunciado contrafáctico sobre el deseo de inexistencia («¿habrías deseado no llegar a existir?»), se percibe un aire de paradoja que surge de que en todo caso, al predicar, suponemos la presencia de un individuo, de un sujeto; de *alguien* que se decanta entre existir y permanecer en una suerte de limbo, pero que de alguna forma *es*. El propio Hare así lo asume: «La existencia es una propiedad que no se puede definir sin aportar referencias a individuos...»³⁷, a pesar de lo cual añade que «[c]ualquier intento de discriminar moralmente entre casos reales y posibles al hacer juicios morales irá en contra de nuestras intuiciones lingüísticas que no admiten tal discriminación. Si uno enjuicia moralmente un caso real se compromete a elevar el mismo juicio sobre un caso posible que tenga las mismas propiedades universales»³⁸.

Y es que hasta la Iglesia Católica, bien partidaria que es de la defensa de los «por nacer», encontraría dificultades para digerir este modo de presentar las cosas. En la nota 34 de la *Instrucción Donum Vitae* se puede leer: «Nadie puede reivindicar antes de existir un derecho subjetivo a iniciar la existencia», si bien es verdad que a continuación se añade: «[s]in embargo, es legítimo sostener el derecho del niño a *tener* un origen plenamente humano a través de la concepción adecuada a la naturaleza personal del ser humano.

³⁵ HARE, 1993a., p. 70.

³⁶ *Ibid.*, p. 71, argumento en el que insiste en 1993b, pp. 87-88 y 1993c, pp. 153 y 154.

³⁷ HARE, 1993a., p. 72.

³⁸ *Ibid.*

La vida es un don que debe ser concebido de modo conforme a la dignidad tanto del sujeto que la recibe como de los sujetos que la transmiten» (cursivas mías). Si nos atenemos al primer fragmento, si es verdad que antes de iniciar la existencia no hay posible reivindicación de derecho subjetivo alguno, en el segundo segmento, en puridad, se debería decir: «[e]l derecho del niño a *haber tenido* un origen plenamente humano...»³⁹.

Es cierto que, como asevera Hare, una prescripción universal se emite para todos los supuestos posibles. Cuando afirmo que «no se debe matar», me refiero a todos los individuos reales, actualmente presentes, pero también a los futuros. Ahora bien, la prescripción es vulnerada cuando estos últimos existen, esto es, cuando les mato. De la misma manera, no daño cuando no «hago existir», aunque sí puedo decir, una vez que existo y me ha ido bien, que ha sido beneficioso o bueno para mí que se me hiciera existir⁴⁰.

Alicia nació el 21 de junio de 1991, sobre las siete horas, «[c]on múltiples anomalías congénitas, consistentes entre otras en: ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hipoplasia lingual con anquiloglosia; imperforación anal»⁴¹.

Durante el embarazo, la madre de Alicia fue sometida a las exploraciones ecográficas y análisis indicados por la práctica médica, no detectándose ningún problema. Pese a ello, los padres de Alicia demandaron al INSALUD y a la ginecóloga arguyendo que la negligencia en constatar las malformaciones de Alicia les había privado de una interrupción del embarazo, con el consiguiente perjuicio a ellos y *también a la niña*⁴². ¿Es mejor para Alicia haber

³⁹ A estas alturas ya sabemos que la consecuencia lógica de ello es la prohibición de utilizar métodos de reproducción asistida (*vid., supra*). Y no sólo eso, sino que en las conclusiones de la *Donum Vitae* la Iglesia Católica insta a que se establezcan legalmente las sanciones *penales* apropiadas para toda vulneración deliberada de los derechos del concebido (entre los que está, parece, el *haber tenido* un origen plenamente humano). ¿Debemos realmente tomar en serio la recomendación de que se castigue penalmente a las parejas infértiles por haber usado la fecundación in vitro, o más bien la pasamos por alto como un acceso incontrolado de retórica talibán?

⁴⁰ *Vid.*, PARFIT, 1984, p. 489; WILLIAMS, 1995, pp. 227 y 228; NAGEL, 1979a, p. 7; SHIFFRIN, 1999, p. 134, y HARRIS, 1998, pp. 76, 87.

⁴¹ Tal es la descripción que figura en los antecedentes de hecho de la STS de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/748).

⁴² En primera instancia se condenó al INSALUD al abono de una indemnización de 75 millones de pesetas, absolviendo del pago a la ginecóloga. En apelación, la decisión fue revocada por la Audiencia Provincial de Salamanca en sentencia de 7 de julio de 1994 (sentencia que confirma el Tribunal Supremo en la resolución aludida de 4 de febrero) absolviéndose también al INSALUD. La razón para ello es una de esas a las que los juristas se refieren como de carácter «técnico». La pretensión de los padres de Alicia contra el INSALUD

nacido así que no haber llegado a existir, o es peor existir así a no haber llegado a existir nunca? ¿Es por eso, por tal balance, por lo que en el primer caso habría sido beneficiada y en el segundo supuesto dañada o perjudicada? Esto último es lo que se ventila en los conocidos, en Estados Unidos y Gran Bretaña, como casos de «vida perjudicial» (*wrongful life*⁴³).

¿Puede constituir un perjuicio a esa persona, a Alicia, el traerle al mundo? Si asumimos la teoría del daño que Parfit ha denominado del «Requisito de la Comparación Total» (*Full Comparative Requirement*⁴⁴), nos vemos obligados a desestimar las reclamaciones de vida perjudicial. Y es que, de acuerdo con dicha teoría, sólo beneficiamos a alguien si hacemos lo que sería mejor para él y, a la inversa, sólo dañamos cuando nuestra acción u omisión produce, en el primer caso, o no evita, en el segundo, que se suceda una situación peor para alguien. Estamos exigiendo entonces la compara-

y la ginecóloga sigue la vía civil. Concretamente, se funda en los artículos del Código Civil que establecen la llamada responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903), es decir, la que deriva de la acción u omisión causante de un daño a otro, interviniendo *culpa o negligencia*. La responsabilidad de la Administración, sin embargo, tiene carácter *objetivo*: se cifra cuando se produce un daño imputable causalmente al funcionamiento anormal o normal de los servicios públicos (la actuación de la Administración no tiene por qué haber sido negligente o culposa, excluyéndose los casos de fuerza mayor; véanse los arts. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). El Juzgado de Primera Instancia considera que la actuación de la ginecóloga fue correcta dadas las circunstancias del caso (nada hacía pensar que el embarazo no fuera de «bajo riesgo»), y bajo esta caracterización operó la facultativa en su seguimiento de la gestante). Entonces, el proceder del INSALUD no es negligente, aunque pudiera ser cierto, como se afirma en la sentencia de primera instancia, que a la demandante se le habría evitado un perjuicio si se le hubiera practicado una exploración ecográfica más sofisticada de la que recibió y con la que las probabilidades de detección de las malformaciones hubieran aumentado sensiblemente. En ese caso, la Administración habría incurrido en una responsabilidad objetiva, cosa que no puede ser establecida en el procedimiento civil que iniciaron los padres de Alicia. La sentencia de primera instancia habría así vulnerado el requisito de la congruencia entre los términos de la pretensión o demanda de los actores (los padres de Alicia), esto es, el objeto del litigio, y lo concedido en el fallo. Para un comentario crítico con el razonamiento de la Audiencia y el Supremo, *vid.* BERCOVITZ, 1999, pp. 855-860.

⁴³ El término fue usado por primera vez en un caso *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App. 2d. 240 (1963), en el que un niño alegaba el daño producido por ser hijo ilegítimo. En España, junto con la sentencia mencionada, y hasta donde mis noticias hoy llegan, cabría aludir sólo a otras dos decisiones del Tribunal Supremo en las que se plantea la reclamación del daño producido por un nacimiento o vida perjudicial. Se trata de la sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4610), en la que la tardanza en repetir la prueba de la amniocentesis hizo que una mujer no pudiera evitar, mediante la interrupción del embarazo, el nacimiento de su hijo con síndrome de Down (se concede una indemnización de 50 millones), y de 5 de junio de 1998 (RJ 1998/4275), en la cual el Tribunal Supremo desestima que el nacimiento de gemelas de una mujer a la que se le practicó mal una ligadura de trompas constituya un daño moral, aunque concede una indemnización por la negligencia y como compensación por el menoscabo patrimonial que sufrirán los padres por la crianza de las gemelas no deseadas. Para un comentario sobre esta sentencia y una panorámica acerca de los casos de *wrongful birth* y *wrongful life* en Europa, *vid.*, el análisis de GARCÍA RUBIO, 1998, pp. 1207-1222.

⁴⁴ *Vid.*, 1984, pp. 488 y 489.

ción entre dos estados de cosas. Como en los supuestos aludidos de «vida perjudicial», uno de los términos de comparación es ese estatus de no haber llegado a nacer, que no sabemos muy bien en qué traducir, los Tribunales se han visto forzados a desestimar las demandas al verse los jueces incapaces de sopesar el daño de existir sufriendo, frente al supuesto beneficio de no haber llegado a existir jamás⁴⁵.

Así y todo, no parece que sea un sinsentido evaluar, en determinadas circunstancias, que la acción de brindar existencia es incorrecta; que a alguien se le hizo daño dejándole continuar un proceso vital que desemboca en una situación de sufrimiento, o iniciando voluntariamente dicho proceso. Así lo estimaba ya John Stuart Mill, que consideraba un «crimen moral», contra el infortunado nacido y la sociedad, el «... traer al mundo a un niño sin una perspectiva razonable de ser capaz, no sólo de proveer nutrición para su cuerpo, sino instrucción y entrenamiento para su mente»⁴⁶. En España, sin ir más lejos, se permite la esterilización de los incapaces que adolecen de grave deficiencia psíquica, previa autorización del juez, aunque el criterio rector, se dice en el artículo 156 del Código Penal, ha de ser «el del mayor interés del incapaz»⁴⁷. ¿No debemos estimar también que la esterilización está justificada *millianamente*, porque así se impide que nazca una prole en condiciones, de todo tipo, inadecuadas?

Considérese si no el siguiente ejemplo, más dramático, que nos sugiere Parfit. Dos mujeres acuden a su ginecólogo y reciben dis-

⁴⁵ Bajo este presupuesto parece pronunciarse el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de junio de 1998 (*vid.*, *supra* nota 41), al afirmar que a la madre que tuvo gemelas contra su voluntad no se le ha producido por ello un daño, ya que «la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo» (FJ 3.º) y la propia de 4 de febrero de 1999, cuando considera que el nacimiento (el de Alicia en este caso) no es un daño per se (FJ 5.º). Sí lo creyeron, en cambio, tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Salamanca. BERCOVITZ también entiende absurda la reclamación que Alicia hubiera podido plantear contra su madre por haber proseguido con la gestación; *vid.*, 1999, p. 859

En ocasiones sí se han otorgado indemnizaciones, como por ejemplo en *Curlender v. Bio-Science Laboratories* 106 Cal. App. 3d 811 (1980) a un niño que sufría el mal de Tay-Sachs. Es importante distinguir entre las acciones por «vida perjudicial» (*wrongful life*) de las sustentadas por «nacimientos perjudiciales» (*wrongful birth*). En estas últimas, los padres demandan por negligencia al médico que, al no informarles de la discapacidad del feto, les privó de la oportunidad de una interrupción del embarazo (se trata del caso de Alicia). En las primeras, los representantes legales del menor demandan a sus padres por «generación negligente». Igualmente, en las demandas por nacimiento perjudicial, la indemnización cubre los gastos hasta la mayoría de edad, mientras que en las acciones por vida perjudicial, cabe reclamar por los gastos de toda una vida. Para una explicación de los distintos casos, *vid.* la decisión de la Corte de Apelaciones de Indiana *Bader v. Johnson* 675 N. E. 2d 1119 (1997); FEINBERG, 1992, pp. 13 y 14; SHIFFRIN, 1999, p. 117 núm. 3; McMAHAN, 1998, pp. 214 y 215 y HARRIS, 1998, pp. 100-101.

⁴⁶ *Vid.*, 1992, p. 174. Así lo consideraba también RITCHIE, *vid.*, 1895, p. 128.

⁴⁷ Se exige, además, el dictamen de dos especialistas, el del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz.

tintas prescripciones. A la primera, embarazada de un mes, se la ha diagnosticado una mutación genética que hará que su hijo padezca una discapacidad grave. Para remediarlo, ha de tomar una medicación determinada. La segunda, que no está embarazada, desea interrumpir la ingesta de la píldora anticonceptiva para tener un segundo hijo, pero es diagnosticada con una rara enfermedad temporal que hace que si se queda embarazada en ese período engendre un ser severamente discapacitado. Esperando unos meses dará a luz a un niño perfectamente sano. Si no respeta esa cuarentena, ¿ha hecho daño a ese ser al que trae al mundo, de la misma forma que la mujer embarazada que omite tomar la medicina durante el embarazo y no evita por ello una discapacidad igualmente severa en el niño que nace? ¿Se infiere entonces, irremediabilmente, en el primer caso, la preferencia de no haber existido⁴⁸? Si respeta el período prescrito de no quedarse embarazada, ¿ha beneficiado a alguien de la misma manera en que la primera mujer ha beneficiado a su hijo si sí tomó la medicación indicada? ¿No sólo al ser, sano, que finalmente concibe, sino también al que evita que nazca discapacitado?⁴⁹.

Las soluciones que podamos dar al embrollo de las demandas por «vida perjudicial» emergen de rechazar el «Requisito de la Comparación Total» o de asumirlo. Podríamos en primer lugar rechazar el dicho Requisito porque abracemos una concepción intrínseca del daño según la cual ser dañado es ser *puesto en una condición dañosa*, y no así en una *situación peor* de la que se estaría en otro caso⁵⁰. Así, y de acuerdo con John Harris, la condición dañosa supone que «[e]l individuo está discapacitado o sufre de alguna manera o de forma tal que sus intereses o derechos están frustrados»⁵¹. Y es tal la condición incluso si no le resulta posible a ese individuo evitarla: nacer sin un dedo de la mano es nacer dañado. No creo, sin embargo, que esto sea posible, porque la noción de perjuicio exige en todo caso un elemento relacional o comparativo. Si no con respecto a estados de cosas, sí con relación a capacidades típicas de ciertos grupos, como el propio Harris acaba admitiendo⁵². Si, como en la misma línea aduce Shiffrin, una discapacidad es una forma de daño porque «... impone condiciones de experiencia contrarias a la propia voluntad»⁵³, y consideramos que volar es

⁴⁸ Vid., WILLIAMS, 1995, pp. 229 y 230.

⁴⁹ PARFIT, 1982, p. 118.

⁵⁰ Así, HARRIS, 1998, p. 109, y SHIFFRIN, 1999, pp. 123 y 124.

⁵¹ HARRIS, 1998, p. 109.

⁵² *Ibid.*, y SHIFFRIN, 1999, p. 124, núm. 21.

⁵³ SHIFFRIN, 1999, p. 124.

una capacidad valiosa para mis intereses y voluntad, tendríamos que decir que los seres humanos nacemos dañados por no poder volar. El niño que nace con un dedo menos, o la mujer infértil, nace con un daño porque esa capacidad o atributo es *lo normal* y éste es un término necesariamente relativo⁵⁴.

Si asumimos el «Requisito de la Comparación Total», las demandas podrían tildarse de absurdas por una razón que ha indicado Feinberg: si un niño nace con una discapacidad no tan severa como para que su vida no merezca en absoluto la pena, admitir que pueda por ello demandar a sus padres, sería tanto como aceptar que alguien que fue rescatado de un peligro cierto de muerte, pero que sufrió un daño en el rescate (por ejemplo una rotura del brazo), pueda solicitar una indemnización a quien lo salvó, lo cual no parece de recibo⁵⁵.

Pero esta equiparación, aunque lo parezca, no resulta pertinente. En primer lugar, como ha puesto de manifiesto Shiffrin, no es cierto que siempre que uno resulta beneficiado, el beneficio producido cancele o compense los daños. El bombero que nos rescata de las llamas, para lo cual nos tiene que agarrar fuertemente rompiéndonos un brazo, no comete una acción reprochable, aunque produzca un daño. Ahora bien, imaginemos que alguien decide premiar a los habitantes de una isla arrojándoles desde un avión lingotes de oro macizo, y que uno de los lingotes le parte el brazo a uno de los isleños. Hay un rasgo en este segundo supuesto que sí nos inclina a pensar que cabe reclamar el daño producido por el benefactor, aunque el tesoro arrojado compense con creces el coste del perjuicio. Esa nota es, según Shiffrin, que sólo es aceptable el daño generado para evitar daños mayores⁵⁶, y no así, como en este caso, el daño infligido para producir un beneficio. Ahora bien, esta línea de justificación no puede funcionar en el caso de las reclamaciones por vida perjudicial. La razón es sencilla: a) ni cabe concebir el no llegar a existir como un daño *mayor* a vivir con sufrimiento, ni b) el vivir aun con sufrimiento, como supuesto beneficio, puede, por compensación del daño de la inexistencia, hacer de la acción de traer al mundo algo por ello irreprochable. No es chirriante, pues, que el hijo demande a los padres por permitirle nacer *porque* el

⁵⁴ Hay una dimensión de «lo normal», que no comparto, con tintes moralistas: lo normal como lo que viene dictado por alguna «naturaleza de las cosas», o el designio de algún Dios o autoridad religiosa que lo interpreta (*vid.*, *supra*, la discusión sobre la posición de la Iglesia Católica ante la procreación artificial).

⁵⁵ FEINBERG, 1992, p. 27, y McMAHAN, 1998, pp. 221, 222, 226.

⁵⁶ SHIFFRIN, 1999, pp. 126, 127 y 128. Y ello siempre y cuando no haya evidencia de la voluntad contraria por parte del rescatado de preferir el daño mayor.

daño de su vida perjudicial compensa en todo caso a su segura inexistencia. Pueden ser absurdas las reclamaciones de una indemnización en los casos de vida perjudicial, como veremos más adelante, pero no por *esa* razón.

La última posibilidad de la que disponemos es la admisión del «Requisito de la Comparación Total» al precio de afinar mejor los términos de la comparación para poder predicar el daño generado, y ello bajo la condición de que haya un sujeto pasivo que puede verse afectado en sus derechos o intereses. Ésta sería, estimo, la senda que resulta más adecuada para nuestra aporía, que estriba, insisto, en que como *status quo ante* se toma el momento anterior al inicio de la existencia. En eso radica la clave del asunto.

Con carácter preliminar, es importante señalar que la elección de ese estado de cosas previo, para ser predicable el daño o beneficio, no puede ser arbitraria. ¿De qué depende su determinación? Pues de los derechos que tengan en ese momento los agentes⁵⁷.

Siendo así, y por seguir con el ejemplo de las dos madres de Parfit, creo que nadie dudaríamos que las dos acciones son incorrectas, aunque en relación a la segunda (no respetar la cuarentena), es importante percibir por qué y en qué medida. La madre que no espera a dejar de tomar la píldora, ha hecho daño al ser que vive con esa desgracia incorregible, pero le ha perjudicado de manera «retrospectiva». Al lamentarse ahora de una vida irremisiblemente dolorosa, no resulta descabellado afirmar que hubiera sido bueno o debido no haber permitido el nacimiento⁵⁸. Ahora bien, para predicar el perjuicio no debemos tomar como *status quo ante* el momento en que tan sólo tenemos al ser potencial que se generará dañado porque su madre no respeta la «abstinencia». No se daña cuando decide quedarse embarazada, de la misma forma que no perjudica, por no brindarle al mundo, al ser (sano) que hubiera podido concebir si hubiera esperado un mes⁵⁹. En ninguno de los casos cabe decir que se perjudica *porque* no se respeta el «derecho a no existir de manera miserable», puesto que no hay sujeto al que dañar o atri-

⁵⁷ Por eso el concepto de daño es *normativo*: no se vulneran los derechos de alguien *porque se ha producido un daño*; sino que se ha producido un daño *porque se vulneraron los derechos de alguien*; *vid.*, BAYÓN, 1986, pp. 37 y 38, y FEINBERG, 1992, pp. 4, 6.

⁵⁸ Así, PARFIT, 1984, p. 489, y WILLIAMS, 1995, pp. 227 y 228.

⁵⁹ Es decir, equiparamos «seguir existiendo» con «cesar de existir», porque, a diferencia de «nunca existir», las dos primeras son cosas que le pasan a alguien, y por eso podemos decir que son buenas o malas «para esas personas»; *vid.*, PARFIT, 1984, p. 489. No respetando la abstinencia no se produce un daño (éste sólo se genera desde el momento en que hay algún sujeto pasivo), pero no por ello los intentos de quedarse embarazada durante ese período de cuarentena serían inmunes al reproche, aunque no consiguiera el embarazo, como lo es la tentativa de lesionar o matar a alguien, desplegando esas intenciones aunque sea inidóneamente.

buir tal presunto derecho a no vivir con sufrimiento, o a existir felizmente.

Nos vemos obligados entonces a *posponer* el estado de cosas previo (lo que estamos llamando el *status quo ante*) a algún momento más tardío, concretamente al punto a partir del cual se posee la capacidad de sufrimiento, de *verse afectado por* las acciones de los demás, y compararlo con... ¿Con qué? Pues lisa y llanamente, con su muerte, que sí me parece que puede constituir, bajo determinadas circunstancias, un estado de cosas mejor que una vida miserable⁶⁰. La madre le perjudicó, entonces, vulnerando su «derecho a morir», es decir, omitiendo una acción debida: abortar⁶¹. Ese perjuicio o daño no sería entonces muy diferente al que provoca quien, pudiendo, no acaba con la vida de quien sabe que va a sufrir enormemente hasta el final. Tal y como describe Mario Vargas Llosa en *La fiesta del chivo*, algunos de los responsables del atentado contra el dictador Trujillo no pudieron llegar a tomar la pastilla de cianuro que les hubiera evitado las espantosas torturas a las que fueron sometidos. Si alguno de nosotros, por alguna razón, hubiéramos sabido lo que les esperaba, ¿no deberíamos habérsela proporcionado? Y si en ese momento eran incapaces de llevársela a la boca, ¿no era nuestra obligación introducirla? ¿También lo era si deseaban seguir viviendo pese a conocer todo lo que les iba a ocurrir? Para Singer, en el contexto descrito por Vargas Llosa, estaríamos ante uno de esos supuestos (muy raros) de eutanasia involuntaria justificada⁶², aunque parece dudoso que, una vez le hemos hecho saber al sujeto pasivo de las torturas lo que le espera de modo irremediable, nuestra obligación nos lleve más allá, por encima de sus intereses, para acabar con su vida pese a que él decide resistir. En todo caso, no es éste el supuesto del ser que nacerá con daños severos y que por no haber sido abortado reclama una compensación.

Y es que es esto último lo que resulta verdaderamente curioso: la solicitud de una cantidad económica, una suma que asciende a los gastos por toda una vida, por arrostrar una «vida perjudicial». En ocasiones, la determinación de la cuantía de la indemnización se basa en el error lógico. Concretamente, en el caso Curlender alu-

⁶⁰ De nuevo (*vid.* nota anterior), «morir» o «dejar de existir», no equivale a «no haber llegado a existir».

⁶¹ Como indica John HARRIS, resulta curioso comprobar cómo en las discusiones sobre la legitimidad del aborto la polémica se circunscribe a si la mujer tiene derecho a interrumpir su embarazo y en qué casos, y no a si en algunas circunstancias tiene una obligación de hacerlo; *vid.*, 1998, pp. 68 y 69.

⁶² 1995, pp. 220-221, 248 y 249, e igualmente HARRIS, 1998, p. 115.

dido (*vid., supra*, nota 45), el abogado de la menor que sufría el mal de Tay-Sachs y a cuyos padres los médicos practicaron incorrectamente en su momento el test para determinar que eran portadores del gen que produce esa dolencia, reclama por la privación de 72,6 años de vida (lo que le faltó a la niña para vivir el equivalente a la esperanza de vida de mujeres blancas en Estados Unidos). Pero, como destaca Feinberg, o bien el test se hubiera practicado de la manera en que se realizó, en cuyo caso la criatura estaba destinada a vivir lo que vivió (cuatro años), o se hubiera llevado a cabo diligentemente, siendo que entonces ni siquiera habría llegado a nacer⁶³.

Pero la paradoja, más allá de este error lógico en la forma del cómputo, radica en que lo que justifica la demanda es la consideración de que la vida es tan lamentable que no merece la pena ser vivida, ni siquiera, se presupone, para disfrutar de un monto dinerario por grande que sea. Nada, ni la pena, ni la indemnización, compensa seguir viviendo⁶⁴. Por lo tanto, lo que se estaría ventilando cabalmente en esos pleitos es remediar ahora una situación que se debió remediar entonces, y que exige ser remediada en cualquier momento (pues nada hará que la vida quiera conservarse): dejar de existir. Y que ante la imposibilidad de uno de hacerlo de propia mano, sea un tercero quien procure ese estado de cosas⁶⁵.

Concluiré este segmento con una última reflexión que surge al hilo de lo que hemos venido analizando: ¿es también reclamable legítimamente el castigo o la sanción a la madre que no abortó en el ejemplo de Parfit? La respuesta será afirmativa si nos parece que su acción no fue muy distinta, e igualmente censurable, a la que llevó a cabo la que no tomó la pastilla que hubiera evitado la discapacidad de su hijo⁶⁶.

Toda esta digresión traía causa del prescriptivismo universal de Hare aplicado sobre la procreación. Volvamos, pues, nuevamente a él, porque hay un segundo aspecto de su propuesta sobre el que merece la pena detenerse a pensar un poco más.

7. EL ARGUMENTO DEL MURCIÉLAGO

Si se recuerda, el prescriptivismo universal de Hare proyectado sobre la actividad procreativa nos invitaba a seguir aquella acción

⁶³ *Vid.*, 1992, p. 14, núm. 11.

⁶⁴ *Vid.* HARRIS, 1998, p. 118, y FEINBERG, 1992, pp. 17 y 18.

⁶⁵ En esta misma dirección, *vid.* MCMAHAN, 1998, p. 216, y FEINBERG, 1992, p. 23.

⁶⁶ Así, FEINBERG, 1992, pp. 25, 35.

que alguien procuró sobre nosotros y que ahora agradecemos. Hemos visto que, por un lado, puede ser mejor no aceptar la invitación si el futuro ser será desgraciado (cosa que Hare suscribiría), pero que, incluso si no fuera así, no se comete una acción reprochable por no dar vida porque no hay nadie a quien se beneficie (aunque en el futuro haya una gratitud retrospectiva), y porque además, y en esto es en lo que nos detendremos ahora, cuando yo contemplo mi existencia feliz y eso me lleva a enjuiciar favorablemente el haber llegado a existir, la prescripción que se sigue no sé cómo se aplica al futuro ser que, obviamente, no soy yo. Es decir, yo no puedo conocer realmente cómo sería no existir para él (ni siquiera acabo de tenerlo claro para mí), y a renglón seguido actuar en consecuencia como nos propone Hare. Él mismo reconoce este escollo: «Es cierto, no puedo formarme una idea de cómo sería *para él* el segundo estado de cosas»⁶⁷ (se refiere a la no existencia). Pero es que me temo que ni siquiera podemos percatarnos de cómo sería para ese ser posible *el primer* estado de cosas (cómo sería existir *para él*). Nada mejor que preguntarle, aunque, desgraciadamente, en ese caso hemos de brindar, precisamente, ese estado de cosas que nos planteamos lograr para saber si debimos haberlo procurado. Pero entonces, es demasiado tarde. Como ilustra el viejo chiste de judíos que menciona Robert Nozick:

«– La vida es tan terrible que sería mejor no haber sido nunca concebido.

– Sí, pero ¿quién tiene esa suerte? Ni uno entre mil»⁶⁸.

Y es que, además, no resulta ser necesariamente cierto que llegar a ser «ser humano» sea algo que *ceteris paribus* debemos lograr. Imaginemos, nos propone Michael Tooley, que fuera posible el empleo de una droga mágica para que un embrión de gato mutara en un ser con una mente humana. Aun así, nos dice Tooley, no nos sentiríamos bajo obligación alguna de administrar la droga⁶⁹. ¿O sí?

La respuesta de Hare encuentra una dirección que ya conocemos. Si antes nos invitaba a imaginar nuestra inexistencia, ahora nos sugiere que nos supongamos como el embrión de gato de Tooley, y a la droga, no sólo como capaz de generar una mente humana, sino también el cuerpo de uno de nosotros, para, de nuevo, preguntarnos: ¿no habríamos prescrito que se nos suministrara la droga?⁷⁰

⁶⁷ HARE, 1993a, pp. 72 y 73 (cursivas del autor).

⁶⁸ 1974, p. 337, núm. 8.

⁶⁹ HARE, 1993c, citado en pp. 154 y 155.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 154 y 155.

Hace algunos años, en un artículo que luego ha sido muy influyente⁷¹, Thomas Nagel nos proponía considerar los límites de la transmisibilidad de la experiencia, la que es sin duda la dimensión fundamental de la conciencia: *nuestra* percepción del mundo (del sabor de este helado, de la visión de un objeto, del dolor, etc.), y un *antiquísimo* y *distinguido* *puzzle* filosófico⁷². Esta experiencia *propia* no parece que, por definición, pueda ser reducible a alguna otra cosa. En palabras de Nagel, «La razón es que cada fenómeno subjetivo está esencialmente conectado con un único punto de vista, y parece inevitable que una teoría física objetiva dejará de lado tal punto de vista»⁷³.

El ejemplo más dramático con el que a Nagel se le ocurre ilustrar esta consecuencia consiste en tratar de imaginarnos como murciélagos, un animal del que podemos predicar que experimenta el mundo, pero con una función perceptiva radicalmente ignota para nosotros (la ecolocalización). Y que esa experiencia no sea reducible, significa que ese intento de pensarnos como murciélagos no consiste en imaginarnos con unas grandes alas, chirriando a alta frecuencia y durmiendo boca abajo, pues todo ello implicaría saber *lo que sería para mí ser como un murciélago*, cuando lo que quiero conocer es *cómo es para un murciélago ser un murciélago*⁷⁴. Pero que no lo podamos saber, no querría decir, de acuerdo con Nagel, que no hay algo así como serlo. Esa conclusión que nosotros formuláramos con respecto a los murciélagos sería tan errónea como la que hipotéticamente pudieran plantear algunos marcianos que, tras haber sido incapaces de sentir nuestras experiencias, juzgaran que no hay algo así como ser como nosotros; que los seres humanos no tenemos experiencias conscientes.

Es importante advertir que Nagel no quiere sostener con todo ello una visión escéptica según la cual nada podemos decir sobre las experiencias privadas ajenas. En tal caso, los seres humanos habríamos estado inmersos en un error colectivo desde tiempo inmemorial, al compartir nuestros gustos gastronómicos, recomendar un paraje desde el que contemplar la naturaleza, o insistir a alguien en que no instale su tienda de campaña al lado de un verte-

⁷¹ 1979b.

⁷² El problema de qué son, cómo surgen y cómo son cognoscibles los estados mentales ligados a la conciencia, se enuncia en la tradición cartesiana como el de la relación mente/cuerpo. En la literatura actual en filosofía de la mente, recibe el nombre del «problema de los *qualia*» (con el término *qualia* se alude al aspecto cualitativamente subjetivo de los estados conscientes). De la ingente literatura al respecto, véase, por todos, SEARLE, 2000, pp. 22, 37-39, 54, 55, 95.

⁷³ 1979b, p. 167.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 169.

dero de basuras o que estire los músculos después de correr. La conclusión de que tiene sentido esa práctica de hacernos partícipes de lo que sentimos y de decir cómo alguien extraño percibe un fenómeno, parece irrenunciable y está estrechamente vinculada a la afirmación de que hay un aspecto objetivo en el estado mental de cada cual. Pero ello exige, y ésta sí sería la tesis central de Nagel, una similitud o proximidad suficiente entre los sujetos perceptores para ser capaz de adoptar *su* punto de vista⁷⁵.

Volviendo a la invitación que nos formulaba Hare, y que dejamos pendiente, si la distancia que nos ha de permitir ser capaces de imaginarnos cómo resulta ser un murciélago parece enorme, ¿qué no decir de la que nos separa del aparato perceptivo –si es que existe tal– del embrión de un gato?, ¿y de la que mediaría con el inexistente mecanismo de sentiencia del «inexistente ser posible»?

8. EMBRIONES, PREEMBRIONES Y PRINCIPIO CIGÓTICO: ¿NECESITAMOS UN ORIGEN!

«[I]a vida humana es un devenir –se afirmaba en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, en la que se juzgaba la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciertos supuestos–... un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto»⁷⁶. Es un continuo, pero, ¿cuándo empieza?

Imaginemos, nos sugiere Peter Singer, que desde siempre he estado fascinado por las montañas. Puesto que he vivido en un sitio muy alejado de ellas, las oportunidades de hacer excursiones han sido escasas. A lo largo de los años, he sabido del misterio del Himalaya, y he llegado a cultivar una ambición secreta de ir al Nepal. Resulta que el precio de los billetes de avión excede con mucho mis posibilidades económicas, y finalmente decido ir en barco. El viaje se revela mucho peor de lo esperado. Desde Calcuta, y puesto que carezco de medios económicos, he de llegar al Nepal en los más variopintos medios de transporte, pasando todo tipo de calamidades. Finalmente, llego a Katmandú. La excursión comienza, y aunque he arribado en un estado físico lamentable, comienzo

⁷⁵ Ídem, p. 172. Lo que no parece posible es la reducción del aspecto subjetivo a alguna operación o función físico-material; ídem, pp. 173 y 174.

⁷⁶ Fundamento jurídico 5.º

por fin a disfrutarla. Llegamos al monasterio de Tiangboche, desde donde la vista es indescriptible. Mi sueño ha culminado.

Podemos imaginar distintas variaciones en el relato. Por ejemplo (segunda) que no llego al monasterio sino que contraigo hepatitis B, lo cual me obliga a ser evacuado a Katmandú, donde me recupero pero no lo suficiente como para reiniciar la aventura. En la tercera versión de la historia, una vez que en la agencia de viajes me han dicho cuánto cuesta el billete, me desanimo y gradualmente abandono la idea de emprender el viaje, olvidándome también de mi pasión por los picos. O bien cabe (cuarta) que nunca tuviera interés alguno en las montañas y por ende en los Himalayas. Pues bien, de acuerdo con Singer, si nos correspondiera vivir esa historia, el ranking de las versiones sería el siguiente: 1>4>3>2⁷⁷. Si comparamos la vida como un viaje (con todas las cautelas, pues no necesariamente hay un único punto de llegada, como en nuestra historia del himalayista), esa metáfora tal vez nos ayuda a fijar su punto de partida, un momento a partir del cual es erróneo terminar con la vida deliberadamente, y antes del cual tal decisión es moralmente irrelevante. Si uno puede conceder que el propósito del viaje es alcanzar el destino, cuanto más haya invertido uno, peor es el abandono antes de la culminación. Ahora bien, en el viaje, no hay ningún punto en el que el abandono *no importe*. No se trata de la tercera versión de la historia, puesto que el protagonista no llegó a ir más allá de las averiguaciones iniciales. Con todo, habrá momentos a partir de los cuales importe más, y necesitamos saber cuándo el viaje que es la vida comienza a tener «algún valor». Y ello no sólo depende del «propietario» de la vida, sino de los demás que «invierten» (en el más amplio sentido de la palabra) en él⁷⁸.

Así que desde el punto de vista «interno», del viajero, el punto de partida no puede ser la planificación del embarazo, puesto que el viajero ni siquiera existe, ni la concepción, puesto que aunque ya empieza a existir, una entidad sin conciencia no puede experimentar el comienzo de nada, ni la existencia le reporta placer o dolor. «Es verdad que la supervivencia en este período antes de la conciencia es una condición sin la que ningún subsiguiente viaje puede acontecer. Y lo mismo cabe decir, por supuesto, de la concepción misma... Pero para el viajero de la vida, tales reflexiones sólo pueden ser retrospectivas»⁷⁹.

⁷⁷ 1987, pp. 156 y 157.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 159 y 160.

⁷⁹ *Ídem*, p. 161.

Tampoco se deben tomar los primeros momentos conscientes en la medida en que un ser que no tiene conciencia de su existencia en el tiempo ha de carecer de los deseos necesarios para fijar los planes del viaje comenzado. No hay en esta etapa aún, por tanto, un viaje con propósito, aunque es verdad que no necesariamente ha de haberlo. Pero es que ni siquiera hay viaje, porque careciendo de sentido del yo, y del futuro, no hay viajero. Las primeras etapas de la infancia (hasta un mes dice Singer), serán entonces fragmentos desconectados del viajero que luego sí es, del mismo modo que lo fueron las etapas de concepción y gestación: una condición necesaria del viaje, pero no *el* viaje⁸⁰. En conclusión: «Los comienzos de la continuidad mental pueden tomarse como las primeras etapas del viaje. Por tanto, morir antes de que la continuidad mental se haya desarrollado supone morir antes de que el viaje haya siquiera comenzado, y no es —o no lo es al menos desde el punto de vista del que muere— una pérdida. Es como nuestra cuarta versión del viaje al Himalaya, en la que no hay excursión, y ni siquiera un plan. Morir nada más se desarrollara la continuidad mental (digamos un niño de en torno a uno o dos años) es una pérdida comparable con la necesidad de abandonar el viaje en sus etapas iniciales, como en la tercera versión»⁸¹.

En los apartados anteriores he tratado de ilustrar por qué pudiera no ser aconsejable fijar en la concepción o fecundación el punto de partida, si de lo que se trata es de atribuir derechos subjetivos (a existir, o no ser frustrado en un experimento). ¿Quiere ello decir que no hay momento alguno que sea relevante? En absoluto: necesitamos un origen, y para algunos es precisamente la fecundación el evento que marca la frontera trascendente. No porque entonces nazca la posibilidad de sufrir un daño, sino por ser la fertilización la fuente de la creación de la identidad individual, como en todas las criaturas que se reproducen sexualmente. El carácter de esa unión de los gametos es lo que Bernard Williams llama «Principio Cigótico»⁸². Y su importancia no radica, de acuerdo con Williams, en que en ese momento en el que se da la unión haya una determinación físico-genética, sino en la trascendencia que la idea de *origen* tiene en nuestra concepción de lo que supone ser un ser viviente particular⁸³. Una vez que nos cabe distinguir entre: 1) la *historia*

⁸⁰ Ídem, pp. 161 y 162.

⁸¹ Ídem, p. 163.

⁸² 1995, p. 225.

⁸³ Y ello porque la dicotomía idéntico-no idéntico no se basa en la mayor o menor similitud entre el objeto que tomamos en la especulación hipotética y el objeto real. Para ilustrarlo, WILLIAMS propone el siguiente ejemplo. Imaginemos a unos gemelos, uno de los

vital de un individuo diferente, y 2) la diferente historia vital del mismo individuo, necesitamos, para este segundo caso, un origen que da sentido a esa estructura ramificada que es la vida. Precisamos una raíz, y eso sería, de acuerdo con Williams, lo que aporta el principio cigótico: lo que nos permite afirmar que si una persona nace con una discapacidad, entonces es *esa persona* la que habría nacido sin discapacidad si el feto no hubiera sido dañado, es decir, si la madre del ejemplo de Parfit hubiera tomado la medicación prescrita⁸⁴.

En reflexiones posteriores, Williams tiene en cuenta la posibilidad de la gemelación monocigótica, y de ahí que haya matizado el principio para que rece: una historia es sobre el individuo A si es acerca de un individuo que se desarrolló de manera única desde el punto más temprano a partir del que A de hecho se desarrolló de manera única⁸⁵. Esta enmienda, sin embargo, supone sencillamente acabar con el criterio de la fecundación como definitorio del origen, y en realidad de cualquier precisión genérica sobre cuál es el arranque de los seres humanos: el punto más cercano a partir del que alguien de hecho se desarrolló de manera única es simplemente la definición de lo que supondría el origen de todos y cada uno de nosotros; esto es, de lo que queremos precisar de manera concluyente para todos. La corrección de Williams supone por tanto incurrir en circularidad, y en ningún caso bloquea una mirada hacia atrás, más allá de la concepción para fijarnos en fases o momentos previos a la unión de los gametos, como punto de determinación del origen individual. En ese bando, como ya sabemos, se encuentran Singer y Hare, así como John Harris, que, frente al principio de Williams, postula el que él llama «Principio Gamético».

Tomemos la primera bebé-probeta: Louise Brown. ¿No afirmaríamos que su historia como individuo arranca del cuidado del óvulo que la generó? La persona, Louis Brown, que llegó a ser, se habrá beneficiado por tanto del hecho de que el óvulo y el espermatozoides empezaron a existir y de todas las cosas que sucedieron antes de la

cuales muere nada más nacer. Al cabo de los años, el gemelo que logró sobrevivir tiene diez años. Entonces, especulamos con la posibilidad de que hubiera sido él quien muriera y el otro quien sobreviviera. Este hubiera sido muy parecido al que logró sobrevivir, pero no habría sido él. Ahora pensemos que alguien, Roberto, que nació en España, hubiera nacido en Francia, criado como francés, etc., y entonces diríamos que Roberto habría sido muy diferente de como es, pero seguiría siendo Roberto; WILLIAMS, 1995, pp. 224 y 225.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 226, 228. De la misma forma, NAGEL afirma que «... cualquiera que hubiera nacido sustancialmente antes de lo que fue, habría sido otro»; *vid.*, 1979a, p. 8.

⁸⁵ *Vid.*, 1995, pp. 230 y 231. No sólo la gemelación monocigótica coloca un serio obstáculo al Principio Cigótico. También la generación de lo que se conoce como quimeras: dos óvulos son fecundados, se generan dos cigotos, pero antes del día catorce los dos se combinan para formar un único organismo; *vid.*, KUHSE y SINGER, 1990, pp. 66 y 67.

fertilización⁸⁶. Es decir, si consideramos que la terapia génica pre-conceptiva altera la identidad, o, inversamente, *la determina*, hemos de compartir el criterio de Harris. Supongamos que un médico negligente no modifica el espermatozoide en una fecundación in vitro no evitando así una discapacidad del futuro ser. Si lo hubiera hecho, habría existido un individuo distinto, de la misma forma que afirmamos que uno no existiría si un hombre distinto a su padre hubiera inseminado a la madre que le dio a luz⁸⁷.

Es cierto que la defensa del principio gamético encuentra una objeción importante: en ese estadio no hay individuo. Es decir, nada asegura que, previamente a una fase embrionaria que los biólogos cifran en torno al día catorce tras la fecundación, sólo haya *una* historia vital y no varias que habríamos de diferenciar, entonces, a partir de otro momento que no es el de la concepción. Pero la respuesta es sencilla, y sigue la modificación operada por Williams para su principio cigótico: abandonar, para ese caso, el criterio general.

No olvidemos, con todo, que sea porque abracemos el criterio gamético o el cigótico, ello no nos compromete en absoluto con la proscripción de determinadas acciones sobre vidas humanas originadas o comenzadas, cuando aun no hay posibilidad de *afectación*. Los criterios sobre el origen nos permiten, eso sí, fijar nuestros reproches, gratitudes o consideraciones «retrospectivas»: porque se abraza el principio cigótico, no se condena necesariamente la práctica del aborto, ni la congelación de embriones, ni la disposición de los embriones criopreservados, ni la utilización de los fetos o embriones muertos o inviábiles y/o sus células, tejidos u órganos para la investigación científica. Porque asumamos el principio gamético, no quedamos impelidos a prohibir la masturbación. ¿Qué nos ha de guiar entonces para no tolerar las conductas que atentan sobre la vida? Defenderé, aunque no en este momento, que el criterio ha de ser la capacidad de ser conscientes del sufrimiento.

En España, la historia de la censura a la legislación en materia de reproducción asistida y de biotecnología es la historia de una insistencia: la de que hay un origen ligado a la fecundación que obliga a no hacer nada que impida la continuación del proceso que pudiera conducir al nacimiento de un ser humano. Ésa es la forma, dicen los grupos más conservadores, de reverenciar la vida humana, y ello con independencia de que ese producto biológico que tiene un origen humano pueda, también por razones biológicas, haberse frustra-

⁸⁶ Vid., 1998, pp. 77-82.

⁸⁷ MCMAHAN, 1998, pp. 209 y 210. En todo caso, para McMahan, la existencia se cifra en el inicio de la actividad cerebral (*ibid.*, p. 210).

do en alguna parte del camino. Esta forma de ver las cosas, a la que Singer se ha referido como la «ética de la santidad de la vida humana»⁸⁸, es de todo punto inaceptable, y nadie sensatamente puede asumirla con todas sus consecuencias, como ilustraré en breve.

Para el Tribunal Constitucional, ese proceso que es la vida comienza con la gestación. Y ese proceso que es la vida que comienza con la gestación es un «bien constitucionalmente protegido». Ése es, de acuerdo con el Alto Tribunal, el alcance del artículo 15 de la Constitución (que reza «Todos tienen derecho a la vida»), y por eso sobre el Estado pende una obligación «... de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales» (STC 53/85). Pero el que va a nacer, remacha el Tribunal Constitucional, no tiene un derecho a la vida en ninguna de las fases de ese continuo. Sólo el nacido es sujeto de derechos.

¿Es adecuado el criterio manejado por el Tribunal Constitucional? Sin duda es cierto que el término «gestación» es ambiguo e impreciso. Esta, digámoslo así, «patología semántica», junto con la mención del Tribunal del carácter «procesal» de la vida, fue lo que originó uno de los reproches de inconstitucionalidad formulados por los diputados del Partido Popular contra la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En la exposición de motivos de la Ley, el legislador había precisado la referencia utilizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la despenalización del aborto, entendiéndolo por gestación la «implantación» o «anidación» del cigoto en el útero. Ese acontecimiento, que sucede en torno al día catorce después de la fecundación, es lo que marcaría la distinción entre embriones y preembriones (o embriones preimplantatorios, como gustan decir algunos biólogos), distinción que a los que militan en la ética de la santidad de la vida humana no les gusta nada⁸⁹. No tanto por lo que de inadecuada pudiera ser desde el punto de vista científico (en términos generales, se trata de una diferenciación admitida en la comunidad científica⁹⁰) cuanto

⁸⁸ Vid. SINGER, 1997, pp. 185-216.

⁸⁹ El Tribunal, en la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, recuerda, al respecto de la precisión hecha sobre el concepto de gestación, que las exposiciones de motivos de las leyes no son enjuiciables; *vid.*, STC 116/99, de 17 de junio (FJ 2). Entre los que se muestran contrarios a la distinción entre embrión y preembrión, *vid.* FEMENÍA LÓPEZ, 1999, p. 13, núm. 38, y VILA-CORO, 1994, pp. 295-298. No así LEMA AÑÓN, 1999, pp. 388 y 389.

⁹⁰ El Dr. Juan Ramón Lacadena da cuenta de que la Sociedad Alemana de Ginecología considera que el embarazo o gestación comienza con el final de la anidación, no con la fecundación. Por otro lado, y según la noticia dada por él mismo, los Consejos Europeos de

porque a los preembriones, como ya sabemos, se les puede crioconservar, y no será lejano el día en que en España, como ya ocurre en el Reino Unido y en Estados Unidos, se puedan utilizar para el cultivo de células madre con las que reemplazar los tejidos u órganos de los pacientes aquejados de diversas enfermedades⁹¹, o para la experimentación científica sin más. Así lo propone la mayoría de los miembros de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida como solución de cierre (en defecto de utilización por los padres) para nuestros ya célebres 30.000 embriones congelados. Concebirlos como sujetos del derecho a la vida impidiendo esa solución solamente porque ha habido fertilización conduciría al siguiente absurdo con el que concluiré este epígrafe.

Hoy se sabe que aproximadamente tres horas después de haberse producido la singamia en el cigoto se genera una división celular que produce dos, cuatro y después ocho células, que se denominan blastómeros. En esta última fase los ocho blastómeros son «totipotentes», esto es, capaces de dar lugar a un ser humano si se implantan en el útero. ¿Estaría Vila-Coro dispuesta a admitir que en ese momento hay ocho seres humanos potenciales y que si dejamos que el curso de la naturaleza continúe —esto es, no implantamos separadamente a los ocho—, se han sacrificado siete vidas humanas? Suponiendo que los 30.000 preembriones congelados se hallaran en el estadio de ocho blastómeros, ¿nos conduce la ética de la santidad de la vida humana a procurar la adopción «pre-natal» de 240.000 «seres humanos»?

9. TENER HIJOS PROPIOS

Comenzamos este recorrido fijándonos en la severa preocupación de algunos por los embriones congelados. Tal es la «angustia»,

Investigación Médica de Dinamarca, Finlandia, Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica ya en 1986 utilizaban el término preembrión, aunque el Comité Ad Hoc de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa, en su Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros de 1987, no era partidario de esa noción. Lacadena prefiere usar el concepto «embrión preimplantatorio»; sobre todo ello *vid.*, <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumana10.html>.

⁹¹ En la actualidad, esta posibilidad está vetada por la Ley 35/1988, pues el artículo 3 prohíbe la *fecundación* de óvulos humanos *con cualquier fin distinto a la procreación humana*. Estrictamente hablando, el precepto mencionado no prohibiría la utilización de la técnica empleada para la clonación de la oveja Dolly (la transferencia nuclear somática). Como se sabe, la misma consistió en la utilización de un óvulo al que se extrajo el núcleo (óvulo enucleado), reemplazándolo por el núcleo de una célula de un adulto. No hay «fecundación» en el sentido tradicional, por tanto, aunque se consigue un preembrión que, si se lleva a término, da lugar a un clon del adulto, pero que mantenido en una fase conocida como blastocito (antes del día catorce), constituye una fuente de células pluripotentes (células que cuentan con la capacidad de generar cualquier tejido u órgano humano), que pudieran servir para regenerar los del adulto.

que se llama a esa adopción «pre-natal». Y uno no puede evitar preguntarse: ¿pero no resulta más urgente la postnatal? Antes que ocuparnos de los embriones congelados en número de 30.000 (y su «potencial descendencia» que alcanzaría los 240.000, como indiqué antes) ¿no debería remediarse la de los desamparados en número de millones que padecen desnutrición, enfermedades y todo un elenco de otras varias calamidades?

Claro que, puestos a insistir en esta línea, no es fácil evitar una ulterior inquietud. Si de preocuparse por los nacidos desamparados se trata, ¿no es moralmente un error tener hijos propios y no adoptar a los que sufren a la espera de tener una vida más digna? ¿Es realmente una urgencia la fecundación artificial? En esto tal vez cupiera estar en el mismo frente que Vila-Coro, aunque el origen de nuestras objeciones sea distinto. Ella, junto con los fetichistas de la concepción de la vida humana, se opone a las técnicas de reproducción asistida, sea por los efectos colaterales de la criopreservación que aboca a la destrucción de preembriones, sea porque se mantiene la posición de la Iglesia Católica al respecto de la procreación. Yo, por mi parte, porque en el balance entre ayudar a un niño necesitado y el interés de los individuos en tener descendencia genética, estimo que pesa más lo primero; ¿o no?

Al hilo de esta reflexión, y echando nuevamente mano de la consabida ficción de las madres de Parfit, Harris nos plantea la hipótesis de una tercera mujer que nunca podrá tener hijos sanos. En la medida en que esa discapacidad irremediable que transmitirá no sea tan grande, nos dice Harris, está en el interés del futuro ser que se inicie su existencia, con lo que «[e]sta mujer no beneficia a nadie (sino así misma y a lo mejor a su familia inmediata), evitando el embarazo»⁹². ¿No cabría pensar que beneficia a los potenciales adoptados que no acoge si se queda embarazada?

Harris ha destacado con tino, además, como ser padre o madre biológicos resulta casi «gratis», en comparación con lo que cuesta ser padre o madre adoptivos, o en algunos países (no en España), ser usuario de las técnicas de reproducción asistida. Como sabemos ya, la retórica es, en este último caso, la del interés del menor. Pero entonces, y al decir de Harris: «Las alternativas parecen ser estas. O bien creemos que tenemos criterios adecuados y defendibles para la paternidad adecuada e inadecuada, y entonces importa que la gente demuestre por adelantado su adecuación, o no disponemos de ellos. Si los tenemos, hay que licenciar a los padres, a todos. Si no, no hemos de hacer lo que aparece como una victimización aplicando

⁹² HARRIS, 1998, p. 89.

criterios indefendibles a los pocos desafortunados que necesitan asistencia para la procreación»⁹³.

Cuenta David Ritchie en *Natural Rights*, que cuando Robespierre planteó su «Declaración de los derechos del hombre» en el Club de los jacobinos, fue confrontado por uno de los miembros (Boissel), que propuso en su lugar otra que empezaba afirmando que «Los derechos naturales de los proletarios consisten en la facultad de reproducirse, de vestirse y de alimentarse». Esta declaración fue recibida con una carcajada general y nadie la apoyó⁹⁴. ¿Hay un derecho subjetivo a la paternidad? Parece difícil de negar que éste es un ámbito en el que el Estado debe mantener su neutralidad⁹⁵. Pero no son pocos, sin embargo, los que entienden que no existe tal derecho subjetivo, o, al menos, que el contenido del mismo debe ser matizado. La opinión más caracterizada en ese frente es la del civilista Fernando Pantaleón, para quien no cabe concebir tal derecho como fundamental y reconocido en la Constitución. Merece la pena transcribir en su totalidad sus propias palabras:

«[o]pino que la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que sin duda ampara el derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción por medios naturales al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado, de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, también por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario. Y porque, aun cuando estoy totalmente dispuesto a admitir que la realización del deseo de tener un hijo propio entra en el ámbito del principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), estimo asimismo que el interés general en que, en la medida de lo posible, los niños nazcan en el seno de familias estables —... presumiblemente más estables—, en cuanto fundadas en el matrimonio, sería razón objetivamente bastante para negar que una ley que limitase a las parejas casadas el acceso a las técnicas de reproducción artificial pudiera ser tachada de inconstitucional por contraria al precepto últimamente citado, o a los artículos 9.2... 14... ó 39.1... Desde luego, no era inconstitucional el anterior artículo 172 CC, en cuanto limitaba a las parejas casadas... la posibilidad de adopción conjunta»⁹⁶.

⁹³ *Ibid.*, p. 96.

⁹⁴ 1895, p. 127. La razón de la carcajada fue que la propuesta de declaración de Boissel representaba fielmente la irregular secuencia de actos cometidos por los proletarios: reproducirse, antes de poder asegurar a su futura prole el vestido y el alimento. *Vid., supra*, la consideración en ese sentido de John Stuart MILL.

⁹⁵ Así, GÓMEZ SÁNCHEZ, en «El derecho a la reproducción humana», *Marcial Pons*, Madrid, 1994, defiende la existencia de un derecho constitucional a la reproducción humana que se incardina como derecho público subjetivo de libertad en los artículos 1.1, 10.1, 17.1, 18.1, 32.1 y 39.1 de la Constitución: *vid.*, pp. 40-64.

⁹⁶ *Vid.*, 1993, pp. 130 y 131.

Entre los críticos del derecho a la procreación, también los hay que no han entendido de qué se está hablando, o no quieren entenderlo. Véanse si no las consideraciones que al respecto vierte Bustos Pueche dando razón de por qué resulta errónea la construcción del derecho de paternidad como un derecho subjetivo: «Ante la pretensión del sujeto activo, ¿a quién se impone la obligación de la prestación? Porque es posible que el marido o compañero esté dispuesto a aportar el semen para fecundar a su mujer o compañera, pero, ¿y si no está o no puede? Cabe la aportación del donante. ¿Y si no hay donante voluntario? Nadie en su sano juicio lo afirmaría. La conclusión no es discutible: nadie está obligado a realizar el comportamiento que sería preciso para satisfacer semejante derecho. Y si esto es así, es que *no existe tal derecho, porque no cabe reconocer derechos subjetivos sin persona llamada a satisfacerlos*»⁹⁷.

Evidentemente, Bustos Pueche sabe (o debería saber) que no es necesario que haya un sujeto que efectivamente quiera obligarse para que podamos predicar la existencia de un derecho subjetivo. De otra forma, nos veríamos compelidos a admitir la abracadabrante conclusión de que ante la imposibilidad fáctica de encontrar comprador para mi piso, yo no tengo un derecho subjetivo a disponer de mi propiedad. El derecho subjetivo a la procreación pertenece a la categoría de los llamados derechos de libertad (una inmunidad *erga omnes* y, paradigmáticamente, frente al poder público), como él mismo reconoce cinco o seis páginas después. Pero ese reconocimiento de ser la procreación una libertad no se extiende, según él, al ámbito de la reproducción artificial. Por los siguientes (e insólitos) argumentos:

«En cambio, la reproducción artificial difiere esencialmente de la anterior –se refiere a la natural– por las razones arriba mencionadas –fundamentalmente, porque la primera es asunto propio al que puede proveerse por los propios medios, mientras que la segunda exige la participación inexcusable de otros– lo que, jurídicamente, se traduce en que nunca podría incardinarse dentro de los derechos-autonomía, sino dentro de los derechos-prestación, y ello sólo y cuando el Estado reconociera esa prestación, que no es sino un acto médico contra la esterilidad, dentro del catálogo de prestaciones sanitarias públicas»⁹⁸.

Pero de nuevo, y pese al empeño de Bustos Pueche, no hay ninguna dificultad en seguir concibiendo la procreación artificial como

⁹⁷ 1996, pp. 94 y 95 (énfasis mío); *vid.*, igualmente, p. 100.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 100 y 101.

un derecho subjetivo de libertad si entendemos que nadie puede impedir que algunos asistan a otros en procurar tales medios artificiales. Otra cosa es dar el paso de reclamar que tal prestación sea pública. Pero ésa es una cuestión distinta. Los individuos mantienen un derecho subjetivo a la liposucción aunque creamos que la sanidad pública no debe financiarla. Pese a todo, Bustos Pueche insiste con un último argumento: «[r]especto a la reproducción artificial, por no ser de orden natural, sino que precisa medios humanos e instrumentales de carácter extraordinario, sobre cuya aportación es inexcusable el pronunciamiento aprobatorio o reprobatorio del Derecho, el Estado sí puede evitar o impedir que nazcan hijos fuera del concreto ámbito familiar que estime idóneo para recibir y educar a aquéllos»⁹⁹.

Pero entonces, el problema no radica en el medio artificial, sino en el entorno en el que nacerá el hijo. Y, en ese caso, el argumento de Harris vuelve a recuperar toda su fuerza: el Estado debería velar por quienes acceden a la procreación asistida (prohibiendo que todos los que no forman una pareja heterosexual sean usuarios), pero también por los que pretenden ser padres sin recurrir a las técnicas de reproducción artificial¹⁰⁰. Es cierto que cuando de fecundación natural se trata, esa pretensión se complica, aunque no faltan remedios.

Imaginemos que nos tomamos en serio la razón aludida por Bustos Pueche: el Estado, consecuentemente, prohíbe la fecundación asistida de las lesbianas. Pese a todo, de manera clandestina, una mujer lesbiana consigue inseminarse artificialmente y el hijo nace y vive en el seno de esa pareja de mujeres lesbianas. Me imagino que Bustos Pueche no tendría inconveniente en la retirada de la patria potestad a la madre. Y no se me alcanza la razón por la que esta sanción debería dejar de ponerse si la misma mujer no acudió a la reproducción artificial, sino que quedó embarazada por medios naturales. No debería ser madre, en el esquema de Bustos Pueche, y ello en atención al menor. Así que el Estado puede, perfectamente, controlar también que tal interés del futuro hijo sea salvaguardado, cuando éste será traído al mundo de manera natural. Tal vez los ginecólogos de la sanidad pública debieran tener el encargo no sólo de realizar los correspondientes análisis y ecografías, sino de comprobar la capacidad para ser padres de los progenitores (su orientación sexual, pero también sus vicios, ingresos, estabilidad emocio-

⁹⁹ Ídem, p. 113.

¹⁰⁰ Algo que, en defensa del por nacer, ya propuso RITCHIE en *hace más de un siglo*; *vid.*, 1895, p. 129.

nal, etc.) advirtiéndoles de las consecuencias de no cumplir con tales exigencias: una eventual retirada de la patria potestad, o incluso sanciones peores. ¿Habría que imponer también la primera medida a los que se quedan viudas o viudos?

Es difícil sostener este grado de perfeccionismo moral en sociedades tan pluralistas como las nuestras. Es dudoso, además, que los juicios fácticos sobre el bienestar e interés del menor en que suelen apoyarse las prohibiciones a que familias no tradicionales tengan hijos (adoptados, o fruto de la utilización de técnicas de reproducción asistida), sean concluyentes. La historia ha sido testigo de cómo en el seno de familias biparentales, religiosamente establecidas, se han procurado educaciones, estilos de vida y actitudes, nada convencionales y sí muy contracorriente. ¿Han sufrido de veras un perjuicio tan importante los niños españoles que cuando les tocaba no hicieron la primera comunión, o vieron cómo sus padres se divorciaban, o los que nacieron de matrimonios religiosos o étnicos mixtos, o de parejas donde uno de los dos era discapacitado? Todo aquello fue «nuevo» alguna vez, y tuvo necesariamente que serlo. Suele argüirse, a veces hipócritamente, que «la sociedad no está preparada» para permitir que los homosexuales constituyan familias en las que los menores pudieran tener acogida. Pero esto mismo, como fundamento de la prohibición, es lo que bloquea cualquier preparación futura: en algún momento hay que dar el primer paso.

A mi juicio, no es la presunta calidad moral (entendida en su peor sentido) de los potenciales progenitores lo que se coloca como un obstáculo frente a la permisión del uso de las técnicas de reproducción asistida, como una especificación de un derecho subjetivo a tener hijos propios, sino, como decía antes, una reflexión que tiene que ver con lo que los economistas llaman el coste de oportunidad: lo que pierden esos millones de niños que mueren todos los años por carencias evitables, por ese deseo de los individuos, tal vez irreflexivo e irracional, de ver prolongada su estirpe. Un anhelo, pese a todo, tan sumamente extendido que nos debe hacer pensar si una ética esclarecida no ha de darle cabida de algún modo, y mitigar esa primera censura al querer ser padres genéticos a toda costa. La moral, como sabemos, debe mantener una cierta frontera entre lo que nos es legítimamente exigible y lo que nos fuerza al heroísmo. Y no todos podemos, ni debemos, asumir la segunda alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, Juan Carlos (1986): «Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites», *Doxa*, 3, pp. 35-54.
- BERCOVITZ, Rodrigo (1999): «Comentario a la Sentencia de 4 de febrero de 1999. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de una niña con malformaciones», *Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 50, abril-agosto, pp. 841-860.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique (1996): *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid.
- DWORKIN, Ronald (1994): *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona (traducción española de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres).
- FAGGIONI, P. Maurizio: «La cuestión de los embriones congelados», en <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/congelados.htm>
- FEINBERG, Joel (1992): «Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming», en *Freedom and Fulfillment*, Princeton University Press, Princeton, pp. 3-36.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J. (1999): *Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro*, McGrawHill, Madrid.
- GAFO, Javier (1998): «Valoración ética de la procreación humana asistida», en *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Javier Gafo (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 187-209.
- GARCÍA RUBIO, María Paz (1998): «Comentario», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, septiembre-diciembre, pp. 1207-1222.
- GEORGE, Robert P. (1999): *In Defense of Natural Law*, Clarendon Press, Oxford.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (1994): *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis (1998): «Aspectos jurídicos de la procreación asistida», en *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Javier Gafo (ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, pp. 111-185.
- HARE, R. M. (1993a): «Possible People», *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, pp. 67-83.
- (1993b): «When does Potentiality Count?», *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 84-97.
- (1993c): «Abortion and the Golden Rule», *Essays on Bioethics*, Clarendon Press, Oxford, pp. 147-167.
- HARRIS, John (1998): *Clones, Genes and Immortality. Ethics and the Genetic Revolution*, Oxford University Press, Oxford-New York (hay traducción española de Michel Angstadt, *Supermán y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*, Tecnos, Madrid, 1998, de la primera edición publicada en inglés por Oxford University Press en 1992 bajo el título *Wonderwoman and Superman. The Ethics of Human Biotechnology*).
- KUHSE, Helga, y Singer, Peter (1990): «Individuals, humans and persons: The issue of moral status», en *Embryo Experimentation*, Peter Singer, et. al., (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, pp. 65-75.

- LACADENA, Juan Ramón: <http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/reprohumanaI0.html>
- LEMA AÑÓN, Carlos (1999): *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Trotta, Madrid.
- MCMAHAN, Jeff (1998): «Wrongful Life: Paradoxes in the Morality of Causing People to Exist», *Rational Commitment and Social Justice. Essays for Gregory Kavka*, Jules Coleman y Christopher W. Morris (eds.), Cambridge University Press, New York, pp. 208-247.
- MILL, John Stuart (1992): *On Liberty*, en *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, H. B. Acton (ed.), Everyman, London-Vermont (reimp., 1.ª ed., 1910).
- NAGEL, Thomas (1979a): «Death», *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 1-10.
- (1979b): «What Is It To Be Like A Bat?», *Mortal Questions*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 165-180 (originalmente en *Philosophical Review*, vol. 58, octubre 1974).
- NOZICK, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, New York.
- PANTALEÓN, Fernando (1993): «Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 15, pp. 129-160.
- PARFIT, Derek (1984): *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford.
- (1982): «Future Generations: Further Problems», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, núm. 2, pp. 113-172.
- RITCHIE, David G. (1895): *Natural Rights. A Criticism of Some Political and Ethical Conceptions*, George Allen & Unwin, London.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco (1988): «Los estudios previos y las líneas previsibles de la futura regulación española», *La filiación a finales del siglo XX. II Congreso Mundial Vasco*, Trivium, Madrid, pp. 99-113.
- SEARLE, John R. (2000): *El misterio de la conciencia*, Paidós, Barcelona, (traducción de Antoni Domènech).
- SHIFFRIN, Valentine (1999): «Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm», *Legal Theory*, vol. 5, pp. 117-148.
- SINGER, Peter (1997): *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México (traducción de Yolanda Frontal Rueda del original *Rethinking life and death. The collapse of our traditional ethics*, The Text Publishing Company, Melbourne, 1994).
- (1995): *Ética práctica*, Cambridge University Press (2.ª ed., traducción de Rafael Herrera Bonet).
- (1987): «Life's Uncertain Voyage», en *Metaphysics and Morality. Essays in Honour of J. J. C. Smart*, Philip Pettit, Richard Sylvan y Jean Norman (eds), Basil Blackwell, Oxford-New York, pp. 154-172.
- VILA-CORO, María Dolores (1995): *Introducción a la Biojurídica*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- (1994): «Falacia legislativa», en *El derecho ante el proyecto Genoma Humano* (vol. I), Fundación BBV, Bilbao, pp. 293-311.
- WILLIAMS, Bernard (1995): «Resenting one's own existence», en *Making sense of humanity and other philosophical papers*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 224-232.

Duraciones procesales en los Tribunales civiles

JUAN JOSÉ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO¹

Profesor titular de Sociología
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Sociedad, Administración de Justicia y plazos procesales.*—
2. *Duraciones procesales y «plazo razonable».*—3. *Análisis de las duraciones procesales:* 3.1 *Elaboración y fuente de los datos utilizados.* 3.2 *Algunos indicadores que nos aproximan a la litigiosidad civil en las postrimerías de la antigua LEC.* 3.3 *Duraciones procesales medias en primera instancia:* 3.3.1 *Civil general.* 3.3.2 *Civil familia.* 3.4 *Duraciones procesales acumuladas en procesos civil general.* 3.5 *Duraciones procesales acumuladas en procesos de familia.* 3.6 *Contraste de duraciones acumuladas en civil con otras jurisdicciones.* 3.7 *Duraciones en la Audiencia Provincial.* 3.8 *Duraciones en el Tribunal Supremo.*—4. *Variación de las duraciones en el tiempo.*—5. *Otra perspectiva de análisis:* 5.1 *Distribución de las frecuencias y recorridos.* 5.2 *Diferencias entre Juzgados.*—6. *Conclusiones.*

1. SOCIEDAD, ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y PLAZOS PROCESALES

Los plazos procesales excesivos se han convertido en un lastre para la legitimidad de los Tribunales de Justicia². La doctrina y la

¹ juanjo.cruz@uam.es.

² Precisamente en la propia exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, se dice, aludiendo a las duraciones: «Justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo a las demandas de tutela... Significa, por lo tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso...», párrafo segundo de la exposición de motivos I de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero).

jurisprudencia han elaborado diversos argumentos y conceptos para comentar y resolver, respectivamente, los asuntos sobre dilación indebida que llegan al Tribunal Constitucional o al Tribunal Europeo de los Derechos. A la vista de estos comentarios y resoluciones, parece que estamos ante un asunto que transita, al menos, en tres escenarios. En primer lugar, el ámbito jurisdiccional donde las dilaciones indebidas concretas pueden y deben encontrar su respuesta última en tribunales como los ya mencionados. En segundo lugar, la gestión de la Administración de Justicia que ha de buscar y alcanzar duraciones procesales medias «razonables». En tercer lugar, la definición social, las expectativas y las demandas de la ciudadanía sobre lo que debe durar la resolución de cada tipo de procedimiento.

Por lo tanto, estamos ante un asunto, las duraciones procesales, que incumbe a tres líneas de investigación. Análisis jurídico, administrativo (responsabilidad política y gestión) y sociológico. En este trabajo eludimos —en la medida que es posible— el análisis jurídico³ y abordamos el análisis administrativo y social.

La valoración de los servicios públicos por parte de la sociedad se apoya en la idea de que los usuarios son los principales receptores de su actividad y que su opinión y percepción importan⁴. Argumento que, por cierto, está respaldado por la normativa española que afecta al ámbito general de las Administraciones Públicas. Y que se ha convertido en un principio universal de la calidad, que curiosamente, ha generado la misma dinámica en las empresas privadas y las organizaciones públicas. Todas las Administraciones Públicas han sido afectadas por este proceso democratizador que, por otra parte, ya fue enunciado en 1789 en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano⁵.

Al día de hoy, y más allá de reconocimientos formales, la Administración de Justicia está envuelta junto al resto de Administraciones Públicas en la dinámica prestacional donde la demanda ahoga la oferta y, además, determina el grado de la calidad de los servi-

³ Dentro del inabarcable mundo del análisis jurídico, hemos utilizado como obras de consulta y, por lo tanto, serán reiteradamente citadas: FERNÁNDEZ-VIAGAS, Bartolome P., 1994. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, y GARCÍA PONS, E., 1997. *Responsabilidad del Estado: la justicia y sus límites temporales*, José María Bosch Editor, Barcelona.

⁴ «Courts exist to serve the public, not to serve judges, court managers, or lawyers. Everything that managers do are but means to an end and that end is service to the public», Edward B. McConnell, President Emeritus National Center for Statate Courts, EE.UU. En esta misma línea habría que citar la recientemente aprobada Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.

⁵ «El artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 así lo previó lúcidamente: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas a todo agente público de su administración”», GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1997. *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, p. 109.

cios públicos. Por consiguiente, conviene no perder de vista el marco político, económico y social en el que estamos desarrollando este análisis sobre las duraciones procesales⁶.

En España al igual que en el resto de sociedades desarrolladas el sector servicios ha crecido hasta ocupar y convertirse en el más destacado⁷. Pero esta evolución ha venido acompañada de un impulso que demanda calidad en la función pública, una ola que abarca todo el sector servicios, privados y públicos, y que enfrenta a la Administración de Justicia con esta cuestión de la calidad⁸. Pues bien, en la prestación que ofrece la Justicia la duración procesal ocupa un lugar destacado. Se puede decir sin ningún género de duda que los plazos procesales dilatados lastran la calidad y la imagen de la Administración de Justicia⁹. En efecto, las encuestas a la población española revelan que el principal problema que los españoles perciben en la Administración de Justicia es la dilación¹⁰.

La política de servicio de la Administración de Justicia en España ha sido marcada por tres grandes hitos: el Libro Blanco de la Justicia, año 1997; el Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos, año 2000, y la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, año 2002. Todos ellos plantean las demoras como un asunto a eliminar. Parece que la lucha contra la dilación es un punto en el que coinciden todas las partes. A la vista de este consenso hemos creído conveniente y clarificador: ofrecer y analizar datos sobre plazos reales de resolución de los principales procesos civiles.

2. DURACIONES PROCESALES Y «PLAZO RAZONABLE»

Para valorar y estimar los datos sobre duraciones procesales que se exponen, el lector necesita contar o elaborar un canon de plazos

⁶ Confirmando y ampliando estos argumentos, *quod vide*, GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «La satisfacción de los usuarios con la actividad de los Tribunales de Justicia», *Revista del Poder Judicial*, 66, segundo trimestre año 2002, pp. 459-512; también (2003): *Para medir la calidad de la Justicia (I): abogados*, Documento de Trabajo, Fundación BBVA.

⁷ Miguel Beltrán explica este fenómeno y su impacto en la acción pública en BELTRÁN VILLALBA, M., «La acción pública en el régimen democrático», *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2000, especialmente las pp. 67-84.

⁸ *Quod vide*, BELTRÁN VILLALBA, *op. cit.*, pp. 84 ss.

⁹ Sobre la imagen de la Justicia española y su contraste con otros países, puede verse TOHARIA, J. J., *Opinión pública y Justicia*, CGPJ, Madrid, 2001.

¹⁰ Es la apreciación que alcanza mayor acuerdo, el 82 por 100 de los ciudadanos españoles, es la siguiente: «La Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella», TOHARIA, J. J., *Opinión Pública y Justicia*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 139.

de resolución que le permita discernir a partir de qué retraso la Administración de Justicia, en este caso los Tribunales de lo Civil, están cayendo en una demora excesiva¹¹. Estamos ante un tema, duraciones procesales, donde la indeterminación provoca la arbitrariedad¹², y donde poco a poco se ha ido asentando el concepto de «plazo razonable»¹³. Con todo, por lo que conocemos, la aplicación práctica de este concepto, plazo razonable, alcanza sólo a casos concretos, ya que la jurisprudencia requiere, normalmente, ponderar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y el de las autoridades competentes¹⁴.

Dicho esto, sabemos que los criterios jurisprudenciales aludidos no tienen una aplicación masiva¹⁵. Pero, por su parte, el análisis y la valoración de gran número de plazos procesales demanda un canon generalizable que nos indique cuánto debe durar como máximo un proceso de divorcio contencioso, un proceso cognitivo o un menor cuantía. Aún así, no hemos sido capaces de generar una cifra fija a partir de la cual se pueda hablar de demora para cada tipo de procedimiento. Ahora bien, los datos sobre tiempos medios de resolución que hemos elaborado no son mera información, conviene recordar que la jurisprudencia ha otorgado un papel objetivador a la duración de los procesos similares¹⁶.

¹¹ En este sentido se expresa Plácido Fernández-Viagas cuando dice: «[...] será necesario abordar a qué tipo de retraso puede estar refiriéndose el artículo 24.2 CE y sobre todo el módulo para su medición. Es evidente que el constituyente ha querido integrar el tiempo dentro del servicio público de la justicia. Pero aceptada la dimensión temporal del proceso, ¿cuáles son los límites cuya superación permitiría considerar la existencia de una vulneración? No será posible hablar de demora sin un punto de referencia que pueda emplearse en su cálculo», FERNÁNDEZ-VIAGAS, *op. cit.*, 1994, pp. 35 y 36.

¹² «Ahora bien, a fin de evitar en la medida de lo posible la arbitrariedad que posibilita lo indeterminado, resulta imprescindible proceder a buscar un criterio objetivo de medida...», GARCÍA PONS, E. *op.cit.*, 1997, p. 130.

¹³ Sobre este concepto realiza un estudio minucioso GARCÍA PONS, *op.cit.*, 1997, especialmente en el capítulo I titulado: El Derecho a un proceso dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas: Derecho Humano positivizado, constitucionalmente como fundamental. Aunque los juristas apreciarán más el análisis de la jurisprudencia que se ha ido construyendo en torno al concepto de «plazo razonable» y que desarrolla el autor en capítulos posteriores.

¹⁴ En este sentido se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 27 de octubre de 1994: «el carácter razonable de la duración de un procedimiento se aprecia según las circunstancias del caso y habida cuenta de los criterios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal, especial complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y el de las autoridades competentes», *quod vide* GARCÍA PONS, *op. cit.*, 1997, p. 133.

¹⁵ No hay ni tiempo, ni capacidad, para estudiar el itinerario procesal de todos los expedientes, profundizando, incluso, como requiere la jurisprudencia, en las actitudes de las partes, o la complejidad concreta de los pasos procesales. Recientemente, hemos hecho una propuesta que avanza en este sentido: GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO: «Tres propuestas para generar una pauta que permita estimar masivamente si hay dilación», *Revista de Derecho Procesal*, 2002, n.ºs 1-3, pp. 133-149.

¹⁶ *Quod vide* GARCÍA PONS, 1997, pp. 190-194.

No establecemos una duración límite para cada procedimiento, pero sí apuntamos diversos criterios para alumbrar esa frontera donde los procedimientos judiciales alcanzan el retraso anómalo, cuando no indebido o injustificado. En primer lugar, se proponen las medias aritméticas¹⁷. Esto en el camino de búsqueda de un plazo razonable se traduciría en que aquellos procesos cuya vida procesal se alargue más allá de las medias aritméticas apuntadas en este trabajo podrían estar sobrepasando el plazo razonable. El segundo criterio es más dúctil, está basado en la frecuencia con que hemos observado que un tipo de procedimiento acaba en determinado intervalo de tiempo, por ejemplo, entre doscientos y cuatrocientos días. Este análisis de frecuencias por intervalos permite que cualquier lector pueda generar su propio criterio para establecer dónde, en qué duración, está el límite de lo razonable para cada tipo de procedimiento.

En este sentido, el conocimiento de los plazos medios y la distribución de frecuencias de los intervalos de tiempo en los que han sido terminados miles de procedimientos judiciales ha de permitirnos discernir, o al menos estimar, las probabilidades de que un asunto que exceda determinado plazo sea de entrada un proceso extraño que debería automáticamente de justificar su retraso respecto al resto de procesos similares.

Ahora bien, no hemos olvidado que una Administración de Justicia colapsada, con duraciones procesales generalizadamente dilatadas, produce cifras de resolución viciadas. Esto es, plazos medios de resolución que podrían legitimar una demora institucional. Este asunto, la posibilidad de que los plazos ofrecidos estén más o menos desnaturalizados por una situación asimétrica entre demanda y oferta en el servicio judicial español, no está claro. En efecto, a la luz de los datos que se muestran, el diagnóstico global apunta a que una parte de la actividad de la Administración de la Justicia está lastrando al conjunto, claramente a la imagen y, en general, a los resultados de toda la actividad de la Justicia.

Por otra parte, hay que recordar que los datos son referidos a procesos contemplados en la anterior LEC. En este sentido, la pru-

¹⁷ En este sentido coincidimos con Plácido Fernández-Viagas cuando dice: «No obstante, es cierto que la “razonabilidad” carece de límites precisos. Se trata de una noción de índole valorativa, por tanto notoriamente imprecisa, que depende de las circunstancias del caso. Ése es precisamente su sentido, desde luego, pero para su adecuada utilización sería necesario el establecimiento previo de un marco o contexto que impida la total discrecionalidad en la materia y, en consecuencia, la inseguridad. Por ello, *sería conveniente encontrar un elemento de medición de carácter objetivo que nos proporcione cierto grado de fijeza en el estudio que estamos realizando*. Y en el estado actual de nuestra cultura jurídica, *sólo puede serlo la duración media de los procedimientos de la misma clase que el sometido a enjuiciamiento*.», FERNÁNDEZ-VIAGAS, *op. cit.*, 1994, p. 46, la cursiva es nuestra.

dencia aconseja que esperemos unos años para conocer el impacto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en las duraciones procesales¹⁸. Recordemos que el arranque de la LEC ha sido complejo, cuando no caótico¹⁹.

Por último, debe quedar claro que está fuera de nuestro ánimo caer en la creencia de que a menor plazo procesal mejor Justicia o que a mayor duración peor Justicia. El mundo del Derecho, y nosotros con él, sabe y aprecia el valor del paso del tiempo como medio para alcanzar una resolución más justa de los conflictos. Por ello, la Administración de Justicia no debe sentirse azotada por una demanda de reducción de los tiempos procesales sin límite. Al contrario, nuestra intención última sería encontrar una horquilla temporal, máximo y mínimo, para cada tipo de proceso, de tal modo que permita señalar como extraño a cualquier asunto que se salga tanto por demora como por rapidez²⁰.

3. ANÁLISIS DE LAS DURACIONES PROCESALES

3.1 ELABORACIÓN Y FUENTE DE LOS DATOS UTILIZADOS

No queremos iniciar la exposición y análisis de los datos sobre plazos procesales sin aclarar su elaboración, procedencia y, con ello, los márgenes de interpretación. Estamos ofreciendo datos elaborados por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid a lo largo del año 2000. La investigación se realizó sobre todos los asuntos gestionados por el Turno de Oficio del Colegio de Abogados de Madrid, que terminaron en el año 2000 (en concreto hasta el 31 de diciembre de ese año) en cualquier Tribunal ubicado en la Comunidad de Madrid²¹.

¹⁸ La pregunta es cuánto habrá que esperar para conocer, medir, las duraciones procesales con la Ley 1/2000, teniendo en cuenta el año de *vacatio legis*, la acumulación de demandas en la Navidad del año 2000, habrá que esperar hasta el año 2004 para empezar a estudiar los plazos en todos los procesos.

¹⁹ Puede verse una crítica de la puesta en marcha de la LEC en: GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva sociológica», en Martínez Abascal, V. A. (Coord.), *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y Proceso Laboral*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 11-33.

²⁰ En este sentido y como anécdota podemos aludir a la queja verbal que recogimos de algunos letrados de Madrid sobre el escaso plazo de tiempo que transcurría desde la presentación de la demanda y la citación a juicio en algunos Juzgados de lo Social de Madrid. Sencillamente los letrados explicaban que no tenían tiempo material para preparar el juicio (testigos, peritos, etc.).

²¹ La investigación fue dirigida por García de la Cruz Herrero, J. J., y el colegio publicó un Informe bajo el título: «La duración de los procedimientos judiciales», ICAM, Serie Estudios, núm. 1, 2001.

Sin entrar en especificaciones muy técnicas consideramos conveniente para la correcta comprensión de los plazos sobre las duraciones procesales que exponemos (normalmente en forma de gráficos) realizar la siguiente precisión: los datos han sido confeccionados a partir de una muestra de asuntos. Una muestra que estadísticamente es representativa, pero por ello mismo tiene su margen de error y nivel de confianza, aunque, dado el tamaño muestral, cinco mil quinientos asuntos, las cifras generadas son claramente fiables²². Por otro lado, al día de hoy no hay ningún sistema más eficaz que las muestras estadísticamente representativas para conocer con fiabilidad la duración real de los asuntos judiciales²³. Sin duda, en estos momentos se está trabajando en el refinamiento de las estadísticas judiciales pero este es un tema complejo y de gran envergadura²⁴.

La muestra ha incluido asuntos terminados ocho días antes de que se acabara el año de *vacatio legis* de la Ley 1/2000. Por lo tanto, estamos ante la última gran remesa de procesos al amparo de la vieja LEC.

3.2 ALGUNOS INDICADORES QUE NOS APROXIMAN A LA LITIGIOSIDAD CIVIL EN LAS POSTRIMERÍAS DE LA ANTIGUA LEC

En el cuadro 1 se ofrece el reparto de la litigación civil entre los principales procedimientos. A la vista de estos datos se observa que el 96 por 100 de los asuntos en el ámbito civil se concentraba en esos seis procedimientos²⁵.

²² A modo de síntesis de la Ficha Técnica del trabajo apuntamos las siguientes características: Se han estudiado 5.500 asuntos civiles terminados por los tribunales ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid a lo largo del año 2000. El tipo de asunto, el tribunal encargado y la duración de cada uno de los cinco mil quinientos asuntos se han extraído de la base del Turno de Oficio del ICAM. El error muestral que corresponde a los datos referidos al total de la muestra, aplicando los criterios del muestreo aleatorio simple, para un nivel de confianza del 95,5 por 100 (dos sigmas) y en la hipótesis más desfavorable ($p=q=50$), el error para el total de los asuntos civiles sería de $\pm 1,4$ por 100.

²³ Estamos refiriéndonos a la investigación de grandes magnitudes, como es el caso de todos los asuntos judiciales terminados en los Tribunales de la Comunidad de Madrid, o por supuesto, en el ámbito nacional.

²⁴ Los sistemas informáticos que tienen que reflejar la situación de cada procedimiento judicial se topan con muchas dificultades técnicas, judiciales, y siempre necesitan de la colaboración de una cadena humana que debe, a su vez, estar adecuadamente formada para alimentar correctamente los sistemas informáticos.

²⁵ Somos conscientes que algunas de las categorías agrupan varios procedimientos distintos, pero a nuestro juicio, agrupables.

CUADRO 1

Distribución por procedimientos en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil²⁶

	Año 1996 Porcentaje	Año 2000 Porcentaje
Cognición	22	21
Ejecutivos	16	14
Desahucio Urbano	10	9
J. Menor Cuantía	9	19
J. Verbal Ordinario	8	22
Familia	9	11

En el cuadro 2 se describe el porcentaje de demandantes que son Persona Física o Jurídica en cada uno de los procedimientos civiles. Por supuesto, el cuadro 1 nos muestra el impacto económico que tiene la jurisdicción civil: como baluarte último de las *reglas del juego*.

CUADRO 2

Distribución del tipo de demandante en cada tipo de procedimiento²⁷

	P. física Porcentaje	P. Jurídica Porcentaje
Cognición	38	61
Ejecutivos	10	89
Desahucio Urbano	77	22
J. Menor Cuantía	56	42
J. Verbal Ordinario	49	49
Otros arrendamientos Urb.	92	8
Otros procesos	72	27
Total	72	27

²⁶ Los datos han sido obtenidos de las Memorias del CGPJ. En el año 2000 en los totales no ha sido incluida la jurisdicción voluntaria.

²⁷ Fuente: MORENO CATENA, V., y PASTOR PRIETO, S., 1997, «Estudio sobre la litigiosidad civil sustanciada ante los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción», en *Libro Blanco de la Justicia. Anexos*, pp. 53-176.

3.3 DURACIONES PROCESALES MEDIAS EN PRIMERA INSTANCIA

3.3.1 Civil general

El gráfico 1 nos ofrece una panorámica general de las duraciones medias en asuntos terminados por sentencia²⁸ en los principales procedimientos civiles (sin incluir asuntos de familia). En algunos casos se ofrecen tres tipos de medias distintas²⁹:

1. La *Media Madrid Capital* que representa a los procedimientos tramitados por los Juzgados ubicados en la Ciudad de Madrid, esto es, Juzgados de Primera Instancia (generales o especializados).

2. La *Media Resto* que resume las duraciones de los asuntos llevados por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (mixtos).

3. La *Media* que es el resultado global de todos los asuntos llevados por los dos tipos de Juzgados.

En el gráfico 1 observamos que la duración *Media* para finalizar un *proceso de cognición* por sentencia es de 291 días (nueve meses), sin apreciarse diferencia entre la media de los asuntos que han finalizado en los Juzgados de Primera Instancia de la Capital (293 días) y los resueltos en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, media resto (285 días). Por otra parte, el plazo para alcanzar una sentencia en los *procesos de desahucio* es de 234 días (ocho meses).

La *Media* de un *proceso ejecutivo* es de 395 días (un año y un mes). La diferencia entre las medias de los juzgados de la capital y el resto es de 24 días a favor de los primeros. La media para las conclusiones por auto en este procedimiento es de 159 días (cinco meses).

²⁸ Los datos que se ofrecen en los gráficos son el resultado de calcular la media aritmética de todos los procedimientos similares, por ejemplo, *menor cuantía*. Para ello se suman los días empleados por cada procedimiento en terminar, por ejemplo, mediante sentencia y luego se divide por el total de asuntos.

²⁹ Las razones para generar estas medias aritméticas de contraste están en la reivindicación de los abogados y del propio CGPJ para especializar los Juzgados de Primera Instancia (familia, incapacitaciones, etc.) y si esto no es posible, por lo menos, eliminar los juzgados mixtos (Primera Instancia e Instrucción). En el ámbito de la gestión se critica la efectividad de los Juzgados mixtos.

*Duraciones medias de los procesos civiles en primera instancia
(sólo asuntos terminados por sentencia)*

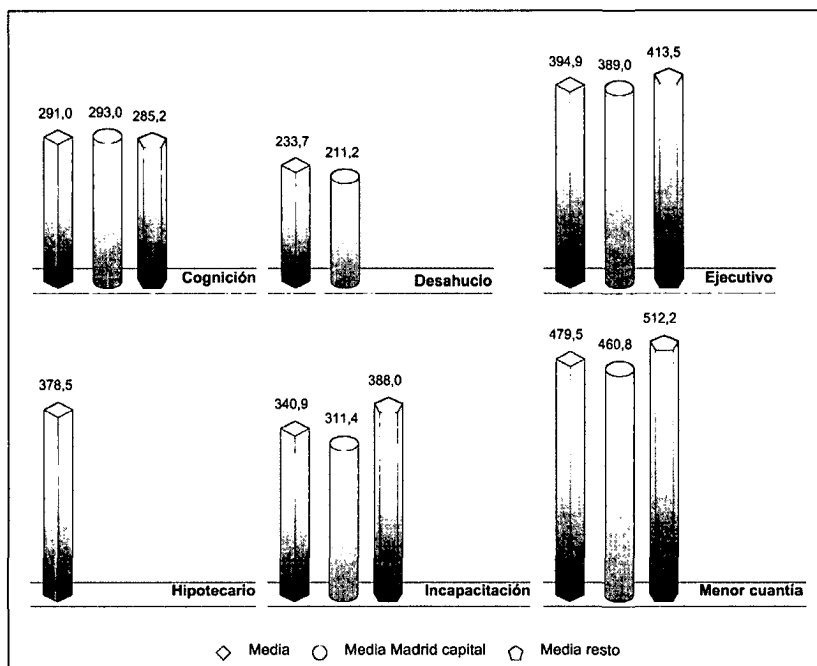


GRÁFICO 1

Continuando con el gráfico 1, el tiempo de resolución por sentencia de los *procedimientos hipotecarios* es de 378 días (un año) y la media para las finalizaciones por auto es de 230 días (siete meses y medio).

El tiempo medio de finalización en las *incapacitaciones* es de 340 días (once meses). El contraste entre la media de los juzgados especializados (en la Media Madrid capital) y la del resto de juzgados es de 77 días a favor de los juzgados especializados.

Finalmente, la vida media para el *procedimiento de menor cuantía* es de 479 días (un año y cuatro meses). El contraste entre los dos tipos de juzgados produce una diferencia de 51 días, de nuevo a favor de los juzgados de primera instancia.

3.3.2 Civil familia

El gráfico 2 es una réplica del 1, pero ahora contemplando los procesos de familia. También, se ofrecen tres medias diferentes: Media,

Media Madrid capital y Media resto. Entrando en su análisis observamos que el plazo medio para resolver un *divorcio* (contencioso) por sentencia es de 367 días (un año), con una diferencia de dos meses entre la media de los asuntos que han finalizado en los Juzgados de Primera Instancia de la Capital³⁰ (340 días) y los *divorcios* tramitados en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (402 días).

Duraciones medias de los procesos de familia en primera instancia (sólo asuntos terminados por sentencia)

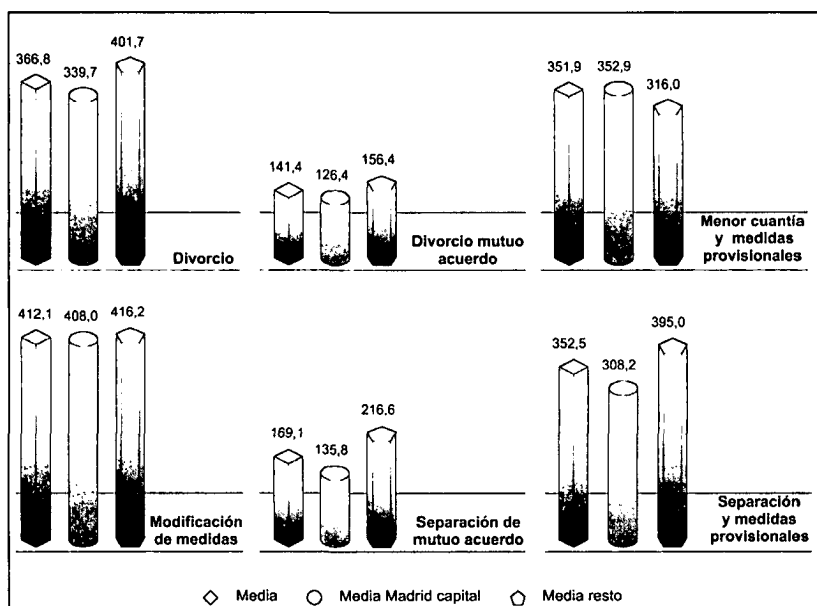


GRÁFICO 2

El tiempo de resolución disminuye hasta los 141 días (casi cinco meses) en los *divorcios de mutuo acuerdo*, siendo ahora la desigualdad de las medias entre los dos tipos de juzgados de 30 días (un mes).

Las duraciones en las *separaciones* son muy similares a la de *divorcios* y se reiteran las diferencias entre los dos grupos de juzgados (Madrid capital y el resto ubicados fuera). El plazo de resolución de una *separación contenciosa* es de 352 días (muy cerca del año) y en las *separaciones de mutuo acuerdo*, 169 días (cinco meses y medio).

³⁰ En el caso de Madrid capital, los juzgados de primera instancia son juzgados especializados sólo en asuntos de familia.

Las separaciones de las *parejas de hecho* (tramitadas mediante procedimiento de menor cuantía, que aquí etiquetamos como «menor cuantía y medidas provisionales») se resuelven en un plazo medio igual al de los *procesos de separación*, 352 días (un año).

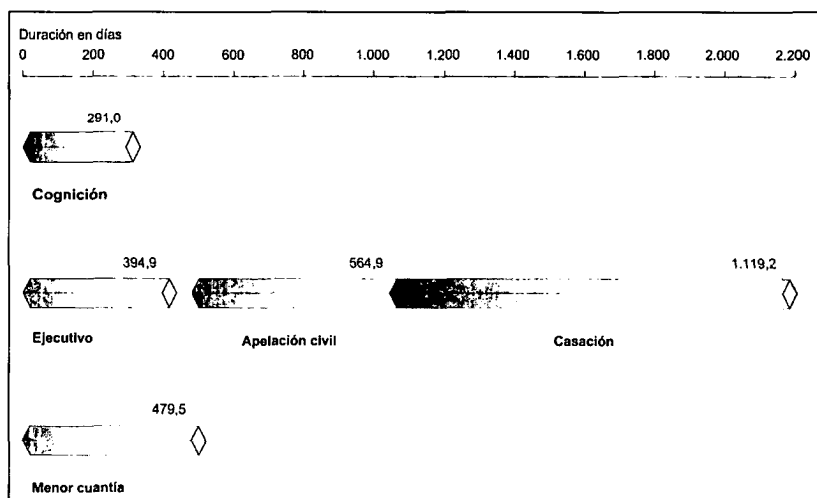
Finalmente, el plazo para las *modificaciones de medidas* concluidas por sentencia es de 412 días (un año y cuarenta y siete días). El contraste entre las medias de los juzgados especializados y el resto nos ofrece, en este procedimiento, una diferencia no significativa (ocho días).

La comparación global entre los juzgados especializados y los juzgados de 1.^a instancia e instrucción es favorable a los primeros que acumulan retrasos inferiores.

3.4 DURACIONES PROCESALES ACUMULADAS EN PROCESOS CIVIL GENERAL

Como se muestra en el gráfico 3 (sin asuntos de familia) las duraciones acumuladas en diversas instancias en el ámbito civil se pueden alargar, incluyendo la casación, hasta los seis años en un proceso de *menor cuantía*, o los cinco años y medio en el caso de *cognición*.

Duraciones acumuladas. Civil general año 2000 (asuntos terminados por sentencia)



Si sumamos sólo las dos primeras instancias, hasta la Audiencia Provincial, los plazos de finalización media son de dos años y tres meses para los procedimientos de *cognición* y de dos años y nueve meses para los de *menor cuantía*.

Las duraciones acumuladas que muestra el gráfico 3 son calculadas sumando los plazos medios en cada instancia de esos tres procedimientos. Si en lugar de la media utilizáramos el tiempo mínimo³¹ en cada instancia, la duración acumulada sería en el caso de *menor cuantía*, de nueve meses hasta la Audiencia Provincial, y dos años y nueve meses si se acude a la *casación*. Por contra si utilizáramos los tiempos máximos el proceso se alargaría hasta los seis años y medio para las dos primeras instancias y, hasta los once años si se acude a *casación*.

3.5 DURACIONES PROCESALES ACUMULADAS EN PROCESOS DE FAMILIA

En los asuntos de familia, gráfico 4, el tiempo que se acumula en procedimiento de *divorcio contencioso* hasta la resolución en segunda instancia alcanza los dos años. Si combinamos los plazos procesales mínimos en las dos instancias, divorcio más apelación, estaríamos ante un plazo acumulado mínimo de once meses. Si sumamos los plazos máximos estaríamos ante una demora que puede alcanzar los cinco años (gráfico 4).

Duraciones acumuladas. Civil familia (terminación por sentencia)

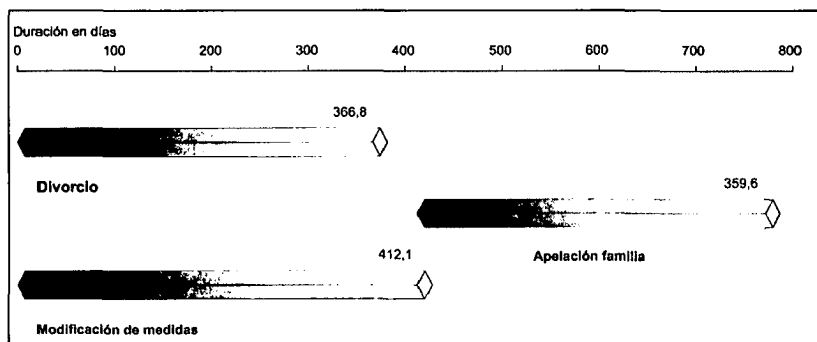


GRÁFICO 4

³¹ El tiempo mínimo lo elaboramos calculando la media aritmética de los dos primeros centiles, en cualquier caso, como mínimo usamos, al menos, las tres duraciones menores. Para el máximo operamos al contrario, con dos últimos centiles o, en su caso, los tres procedimientos más largos.

3.6 CONTRASTE EN LAS DURACIONES ACUMULADAS EN CIVIL CON OTRAS JURISDICCIONES

Hemos creído muy conveniente proporcionar algún tipo de referencia exterior al ámbito civil. Con este fin se ha elaborado el gráfico 5, donde se ofrece un contraste entre las duraciones de los asuntos más representativos en cada jurisdicción³². El primer tramo en cada fila alude al tiempo medio en la primera instancia (por ejemplo la duración de los asuntos de civil familia es de 389,5 días); el tramo central refleja el plazo en la segunda instancia. Y finalmente, el tercer tramo, son las duraciones en casación.

*Duraciones acumuladas comparadas (en asuntos terminados por sentencia)*³³

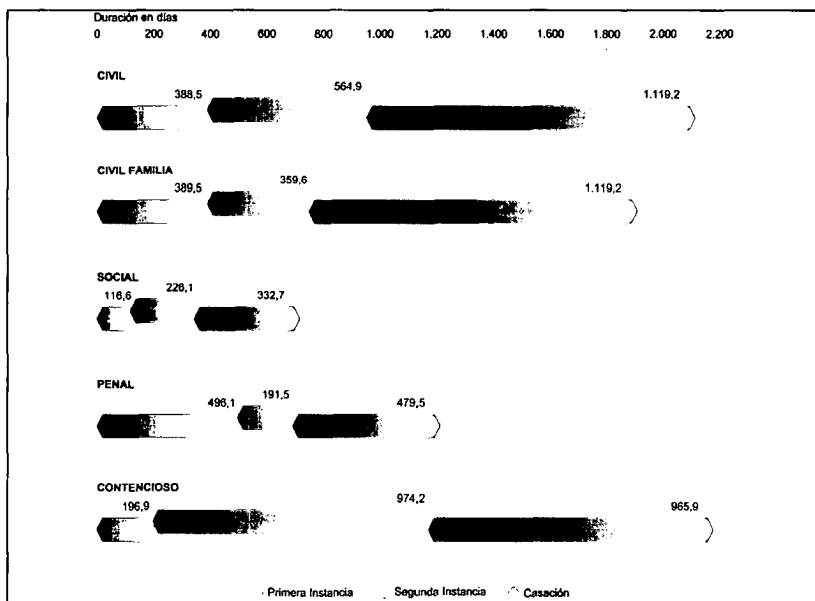


GRÁFICO 5

³² En civil el dato de la primera instancia es producto de la media aritmética de las duraciones de los procesos cognitivos, ejecutivos y menor cuantía. En civil familia la cifra utilizada acumula la media de los divorcios contenciosos y modificación de medidas. En social utilizamos la media de todos los procedimientos. En penal se ha seleccionado la duración de los procedimientos abreviados vistos en los Juzgados Penales y la apelación en la Audiencia Provincial. Finalmente, en contencioso-administrativo hemos utilizado la duración media en los nuevos Juzgados de lo Contencioso para la primera instancia, el tiempo medio en los recursos en el Tribunal Superior de Madrid para la segunda instancia y la duración de la casación en el Tribunal Supremo.

³³ Este gráfico es una réplica con distinto formato del que aparece en «La duración de los procedimientos judiciales», *ICAM*, 2001, p. 11.

A uno de enero del año 2001, cuando se cerraron los últimos datos que analizamos, el contraste entre las duraciones medias acumuladas por los Tribunales deja en mal lugar a todos los tribunales de lo civil, pero especialmente al Tribunal Supremo, gráfico 5.

3.7 DURACIONES EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL

En el gráfico 6 se pueden observar las duraciones en la Audiencia Provincial en cuatro tipos de asuntos³⁴. La *apelación civil general* (todo menos familia) se termina con sentencia en un plazo medio de 565 días (un año y seis meses). La amplitud o recorrido (diferencia entre los asuntos de mayor y de menor extensión) es de dos años y medio, por lo tanto, sabemos que hay asuntos que han sido finalizados por sentencia en cinco meses y otros en tres años. La duración para las terminaciones por auto en las *apelaciones civiles* (sin familia) es de 490 días (un año y cuatro meses), con un recorrido también muy largo de dos años y medio entre las máximas y mínimas.

Duraciones en la Audiencia Provincial (civil)

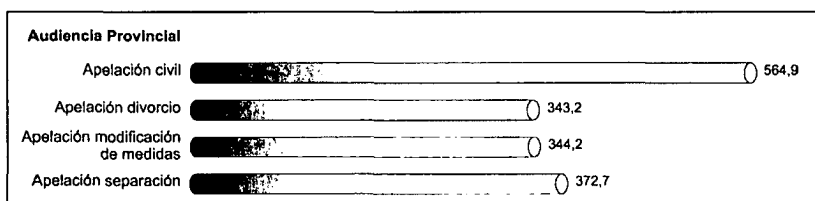


GRÁFICO 6

3.8 DURACIONES EN EL TRIBUNAL SUPREMO

Los *recursos de casación* en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (gráfico 7) que finalizaron a lo largo del año 2000 fueron resueltos en un plazo medio de 1.119 días (tres años), siendo la duración en las conclusiones por auto de 768 días (dos años).

La horquilla temporal en la que se han resuelto los *recursos de casación* ha variado entre los dos años (mínimo) y los cuatro años

³⁴ El criterio para ofrecer datos o incluir en los gráficos a un procedimiento determinado ha sido estadístico, esto es, sólo se han generado medias aritméticas y su representación gráfica de procedimientos en los que la muestra ha incluido un número estadísticamente suficiente de asuntos.

y medio (máximo), en consecuencia algunos asuntos terminados en año 2000 se interpusieron en esta sala en el año 1996.

La duración media de los *recursos de queja* es de 214 días (siete meses). Este tipo de recurso tiene un recorrido con un mínimo de tres meses y un máximo de 482 días (un año y cuatro meses).

Finalmente, también hemos incluido como indicador del funcionamiento de esta sala los plazos en los que resuelven el procedimiento *exequatur*, que han sido finalizados por auto en un tiempo medio de 513 días (un año y cuatro meses).

Duraciones Tribunal Supremo

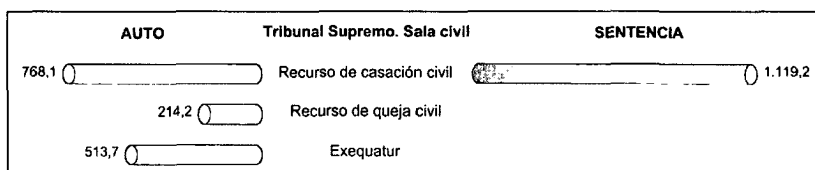


GRÁFICO 7

4. VARIACIÓN DE LAS DURACIONES EN EL TIEMPO

Ya hemos comentado que hasta el momento en que los sistemas estadísticos judiciales estén totalmente rodados el método más fiable para conocer las duraciones procesales son las muestras estadísticamente representativas. En el cuadro 3 se ofrecen datos elaborados a partir de muestras y bases estadísticas judiciales. La columna primera y última exponen cifras generadas a partir de muestras, la columna central, País Vasco, nos brinda duraciones elaboradas por el sistema estadístico judicial del Gobierno Vasco.

El cuadro 3 propone un contraste de duraciones que es difícil de analizar. La complejidad la provoca la comparación entre ámbitos geográficos distintos (España, País Vasco y Comunidad de Madrid). Naturalmente, no ha sido un capricho del autor, el hecho es que apenas contamos con datos representativos y fiables sobre las duraciones procesales. Así, que hemos tenido que exponer los que hay.

Por supuesto, la Justicia Civil, al igual que el resto de jurisdicciones, no funciona por igual en todas las áreas geográficas. Dicho de otro modo, hay ciudades o zonas con una carga de trabajo inferior a la media y otras con mayor entrada. Desde esta perspectiva, la primera columna, ámbito nacional, combina duraciones procesales de Tribunales abrumados por una entrada superior a su capacidad con otros que ingresan un número inferior de asuntos, esto se traduce en una media nacional equidistante.

Siguiendo con los desequilibrios geográficos, la Comunidad de Madrid y el País Vasco no están en la misma situación. Los Tribunales de Madrid, tanto en la primera instancia (Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e instrucción) como en la segunda (Audiencia Provincial) son en términos comparativos los que tienen mayor carga de trabajo a nivel nacional³⁵; en contraste, los Tribunales del País Vasco están en una zona media, ni descargados ni especialmente cargados.

Por otro lado, y en la medida que esto tenga consecuencias prácticas en las duraciones, los Tribunales de Justicia en el País Vasco se han beneficiado de un período de grandes inversiones en infraestructuras y dotaciones. En contraste, los Tribunales de Madrid no han crecido al ritmo de la demanda social. Dicho esto, «no es extraño» que algunas de las duraciones medias en la Comunidad de Madrid en el año 2000 sean superiores a las duraciones a nivel nacional en el año 1997. Esto es, que la ecuación demanda y oferta ha empeorado o se ha mantenido en los tribunales de lo civil de la CAM.

CUADRO 3

Contraste en las duraciones procesales medias en tres ámbitos geográficos y distintos años (en días)

	Toda España ³⁶ Año 1997	País Vasco ³⁷ Año 1998	Madrid ³⁸ Año 2000
Juicio de Cognición.....	283	174	291
Juicio Ejecutivo.....	315	114	394
Desahucio Urbano.....	120	92	—
Menor Cuantía.....	429	238	479
Juicio Verbal.....	281	153	—
MEDIA TOTAL.....	267	151	—
Divorcio Contencioso.....	235	—	367
Divorcio No Contencioso.....	60	—	—
Proceso Incapacitación.....	327	—	—
Apelación en A. P.....	—	328	565

³⁵ La situación de la Audiencia Provincial de Madrid ha sido de gran saturación. En los últimos meses se ha puesto en marcha un plan de apoyo especial para resolver los asuntos atrasados.

³⁶ Datos de MORENO CATENA y PASTOR PRIETO, 1997, *op. cit.* Elaborados a partir de una muestra de 1.931 asuntos repartidos entre cincuenta juzgados.

³⁷ La fuente de los datos del País Vasco es extraída de la práctica totalidad de asuntos que se tramitaron en esa comunidad autónoma, cerca de cien mil en ese año.

³⁸ Se han estudiado 5.500 asuntos civiles terminados por los tribunales ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid a lo largo del año 2000.

5. OTRA PERSPECTIVA DE ANÁLISIS

Hasta ahora hemos estado ofreciendo datos sobre las duraciones procesales utilizando la media aritmética (que se obtiene al dividir la suma de todas las observaciones por el número de ellas), sin duda, la media es un promedio muy representativo y sobre todo, muy conocido y utilizado. No obstante, hemos creído conveniente complementar esta descripción con un análisis de las duraciones procesales según la frecuencia en que ocurren.

5.1 DISTRIBUCIÓN DE LAS FRECUENCIAS Y RECORRIDOS

En el cuadro 4 se exponen los datos de distribución de las frecuencias en que se terminan cuatro tipos de procedimientos civiles. En la primera columna se pueden ver los diez intervalos de tiempo que hemos decidido generar. En las ocho columnas siguientes se muestran el tanto por ciento de asuntos que se han terminado en el intervalo de su fila para cada tipo de procedimiento (ejecutivo, menor cuantía, cognición y divorcio contencioso).

Cada tipo de procedimiento cuenta con dos columnas de porcentajes. En la primera se ofrecen los porcentajes de los asuntos que se han terminado en ese intervalo de tiempo y, en la segunda, se indica el porcentaje acumulado. Esta segunda columna nos sirve para saber qué porcentaje de asuntos de cada procedimiento se terminan en menos de un tiempo determinado. Por ejemplo, el 90 por 100 de los procedimientos *ejecutivos* se terminan en menos de ochocientos días.

Hemos resaltado con negrita los intervalos modales, esto es, aquellos intervalos de tiempo que agrupan a mayor número de asuntos en cada procedimiento. En los procedimientos *ejecutivos* son dos los intervalos modales, el primero con un 32 por 100 de procedimientos de este tipo terminados en ese período de 0 a 200 días, y el segundo, también 32 por 100, de 201 a 400 días. En los procesos de *menor cuantía* el intervalo modal es el segundo con un 34 por 100 de los procedimientos terminados en este intervalo de 201 a 400. En el proceso de *cognición* de nuevo el intervalo de 201 a 400, con un 41 por 100 de los procedimientos de este tipo terminados en ese período. Finalmente, en los *divorcios contenciosos* el intervalo modal es, también, el segundo de 201 a 400, con un 40 por 100 de los procedimientos finalizados por sentencia en ese plazo de tiempo.

En la práctica estos datos se traducen en que cuando un ciudadano inicia un procedimiento determinado lo más probable es que el tiempo procesal consumido hasta la finalización de su asunto por sentencia sea el modal.

Al contrario, cuando el porcentaje de un intervalo y los siguientes son cero o cifras muy cercanas, sabemos que es muy improbable que un procedimiento de ese tipo dure el tiempo que indican esos intervalos. Así, un procedimiento *ejecutivo* sólo en casos muy excepcionales se prolongará más allá de los mil días, lo mismo se puede decir de los procesos de *cognición*. En el caso de los *divorcios contenciosos*, aunque raro, hay mayor probabilidad de que supere los mil días. Y finalmente, los procesos de *menor cuantía* se extienden con mayor probabilidades por los intervalos más altos. Estas conclusiones se hacen muy claras en los gráficos 8, 9, 10 y 11.

La segunda columna de cada procedimiento nos muestra en qué plazo se terminan la mayoría o la práctica totalidad de los procedimientos de ese tipo. Así, sabemos que el 90 por 100 de los procedimientos *ejecutivos* se terminan en menos de ochocientos días (dos años y dos meses), o que el 64 por 100 se terminan en menos de 400 días (un año y un mes).

Respecto a los procedimientos de *menor cuantía*, la segunda columna nos apunta que un 52 por 100 de ellos se terminan en menos de cuatrocientos días (un año y un mes). Pero para alcanzar el 92 por 100 tenemos que irnos hasta los mil días (dos años y nueve meses).

En contraste, el 92 por 100 de los procesos de *cognición* se finalizan antes de los seiscientos días (un año y ocho meses). Y el 41 por 100 en menos de doscientos días (siete meses). Finalmente, el 88 por 100 de los *divorcios contenciosos* se terminan en menos de seiscientos días (un año y ocho meses).

CUADRO 4

Porcentajes de procedimientos que se han terminado (por sentencia) en cada intervalo

Intervalos en días	Ejecutivo		Menor Cuantía		Cognición		Divorcio	
	Porcentaje	Porcentaje*	Porcentaje	Porcentaje*	Porcentaje	Porcentaje*	Porcentaje	Porcentaje*
0-200	32	32	18	18	41	41	32	32
201-400	32	64	34	52	40	81	40	72
401-600	21	85	25	77	11	92	16	88
601-800	5	90	8	85	4	96	6	94
801-1000	8	98	7	92	2	98	3	97
1001-1200	1	99	4	96	1	99	2	99
1201-1400	0	99	2	98	0,5	99,5	1	100
1401-1600	0	99	1	99	0	99,5	0	100
1601-1800	1	100	0,5	99,5	0,5	100	0	100
1801-2000	0	100	0,5	100	0	100	0	100

* Tanto por ciento acumulado (cada casilla es el resultado de sumar las anteriores).

FUENTE: Elaboración propia. García de la Cruz Herrero, 2001.

Los datos ofrecidos por el cuadro 4 nos permiten acercarnos al concepto de «plazo razonable» de manera menos brusca y más flexible que con la media aritmética. Para este propósito conviene observar y analizar los gráficos 8, 9, 10 y 11 donde las áreas de frecuencia se hacen evidentes y, con ellas, el intervalo de tiempo en el que cada uno de los cuatro procedimientos estudiados se convierte en un proceso estadísticamente raro o excepcional.

En los gráficos (8, 9, 10 y 11) se observa que hay un intervalo a partir del cual el porcentaje de asuntos que terminan en ese plazo es muy pequeño o residual. Por ejemplo, en el gráfico 8, procedimientos *ejecutivos*, es a partir de los mil días cuando el número de procedimientos de este tipo son extraños.

Frecuencia de los procedimientos Ejecutivos según tiempo de terminación

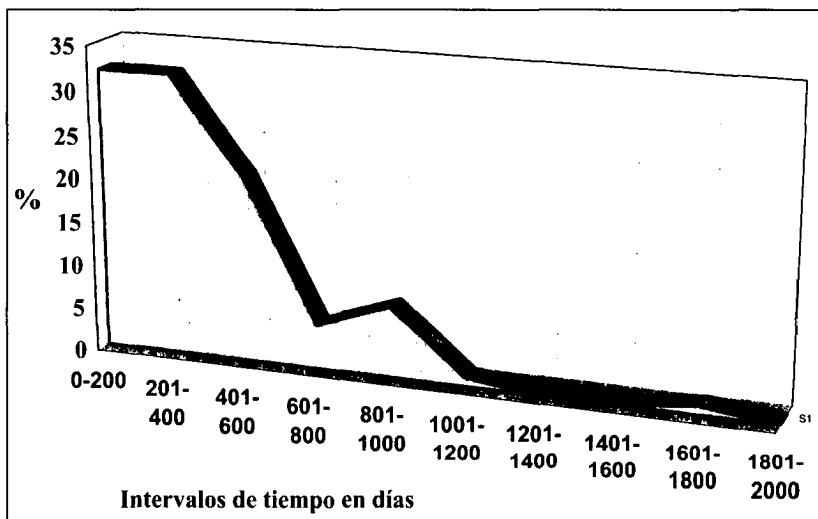


GRÁFICO 8

En el gráfico 9, *menor cuantía*, la línea es más continua y por lo tanto más difícil de señalar el intervalo de tiempo en que los asuntos empiezan a ser raros estadísticamente. Complementando el gráfico con los datos del cuadro 4 (la segunda columna de este procedimiento) nos permite señalar los mil doscientos días (que ya acumula el 96 por 100 de los asuntos) como el límite de duración en el que un proceso de menor cuantía empieza claramente a ser extraño.

Frecuencia de los procedimientos de Menor Cuantía según el tiempo de terminación

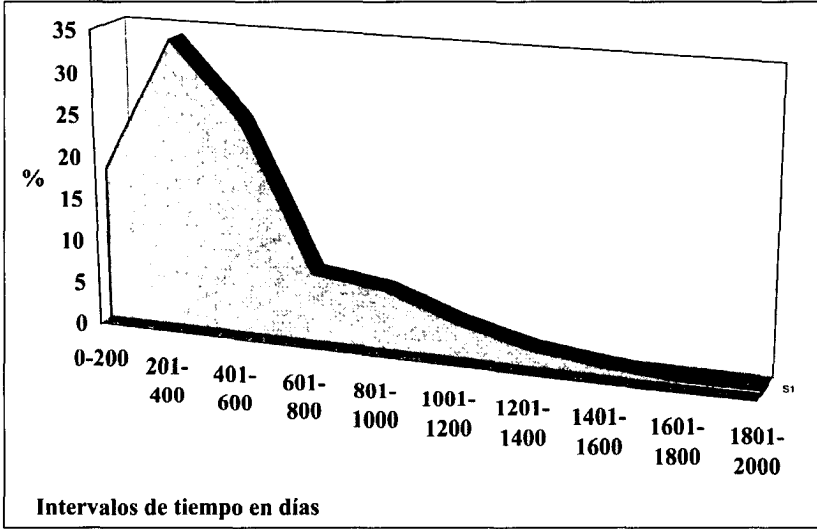


GRÁFICO 9

En el gráfico 10, *cognición*, se observa a simple vista que los plazos normales de terminación de la inmensa mayoría son menores, y nos inclinamos por ochocientos días como el punto en el que un proceso de este tipo debe considerarse como anómalo.

Frecuencia de los procedimientos de Cognición según tiempo de terminación

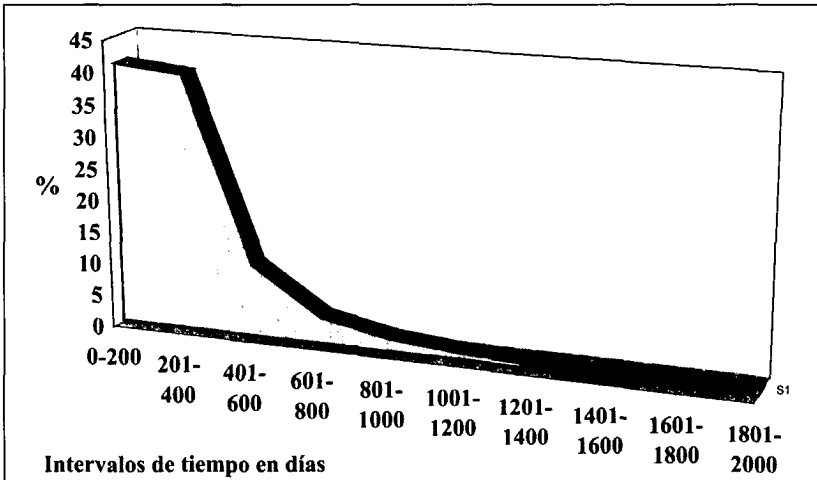


GRÁFICO 10

Finalmente, en el gráfico 11, *divorcios contenciosos*, el plazo que puede considerarse como límite son los ochocientos días. En este caso, tampoco hay un descenso claro, por lo tanto, conviene de nuevo acudir a los datos del cuadro 4, donde observamos que los ochocientos días abarcan hasta el 94 por 100 de todos los procedimientos.

Frecuencia de los Divorcios contenciosos según tiempo de terminación

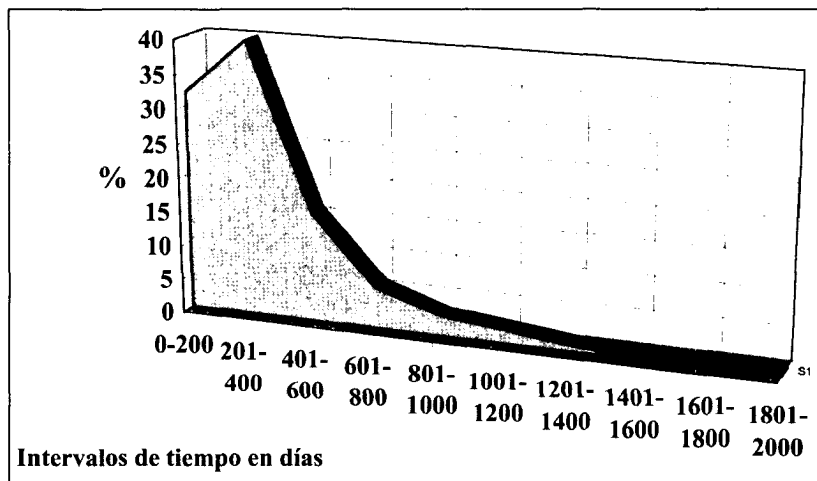


GRÁFICO 11

Obviamente, y a la vista de lo dicho, el análisis meramente estadístico no es un criterio suficiente para discernir el plazo razonable. Sin duda, el buen camino será el que venga de la combinación de criterios procesales y jurídicos con los datos reales de lo que están haciendo los Tribunales de Justicia. Lo que debe dar lugar a unos objetivos en duraciones procesales realistas, esto es, que puedan ser cumplidos de manera generalizada por todos los Tribunales. De modo que cualquier incumplimiento de ellos conlleve la inmediata y obligada justificación, bien procesal o administrativa, y con ella la pronta solución, si cabe, de la causa del retraso.

5.2 DIFERENCIAS ENTRE JUZGADOS

Hemos visto que los plazos de resolución de un mismo tipo de procedimiento oscilan en varios años. Pues bien, las diferencias entre las medias de duración de todos los procedimientos tramitados por distintos juzgados similares también varía.

Los gráficos 12 y 13 se han confeccionado elaborando una media aritmética de las duraciones de todos los procedimientos de *divorcio contencioso* o *cognición* que resolvieron mediante sentencia distintos juzgados ubicados en la Comunidad de Madrid. Sólo se han incluido en el gráfico juzgados con un número representativo de asuntos, esto es, que si un juzgado determinado tiene menos de doce procesos de este tipo en la muestra no ha sido incluido.

El único objetivo de estos dos gráficos es patentizar la existencia de diferencias considerables en las duraciones según juzgado. Por otro lado, los números que distinguen a los juzgados en los gráficos no se corresponden con los números de esos juzgados en la realidad.

Pasando al análisis de los gráficos, observamos que en el gráfico 12, duraciones *divorcios contenciosos*, hay Juzgados con medias de duración que cuadruplican a las de otros (comparar los números 21 y 29). El 58 por 100 de los Juzgados tienen medias inferiores a la media general y el 42 por 100, superiores.

En el gráfico 13, duraciones de los procesos de *cognición* por juzgados, se replica la situación del anterior. Ahora el 66 por 100 de los juzgados tienen medias inferiores a la media global y el 34 por 100, superiores. De nuevo las diferencias entre algunos juzgados son espectaculares. Piénsese que estamos hablando de la media de cada Juzgado, no de uno o dos procedimientos raros o extraños.

A la vista de los datos que representan los gráficos 12 y 13 parece que los procedimientos más largos se concentren en algunos órganos judiciales. Pero cuando estamos comparando juzgados ubicados en la misma población, en su mayoría en el mismo edificio, con una carga de trabajo similar e infraestructuras equiparables, en estos casos habrá que buscar la causa de las diferencias en otros rasgos de la actividad judicial.

Duraciones divorcios contenciosos por juzgados

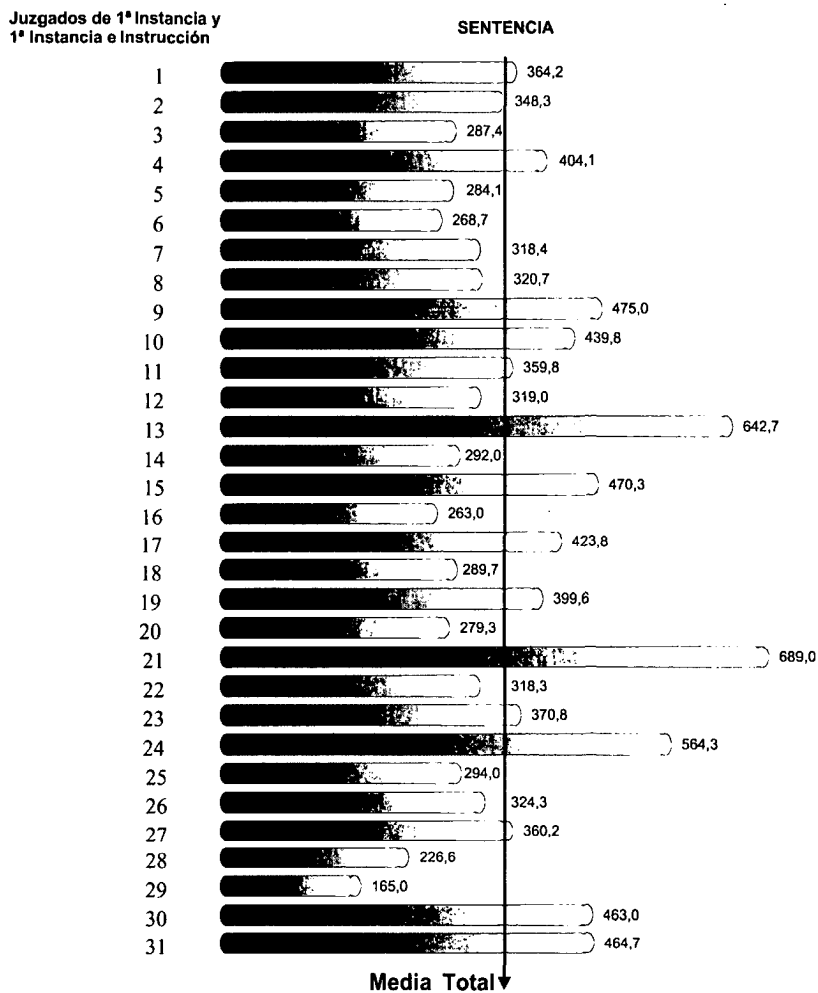


GRÁFICO 12

Duraciones de los procesos de cognición por juzgados

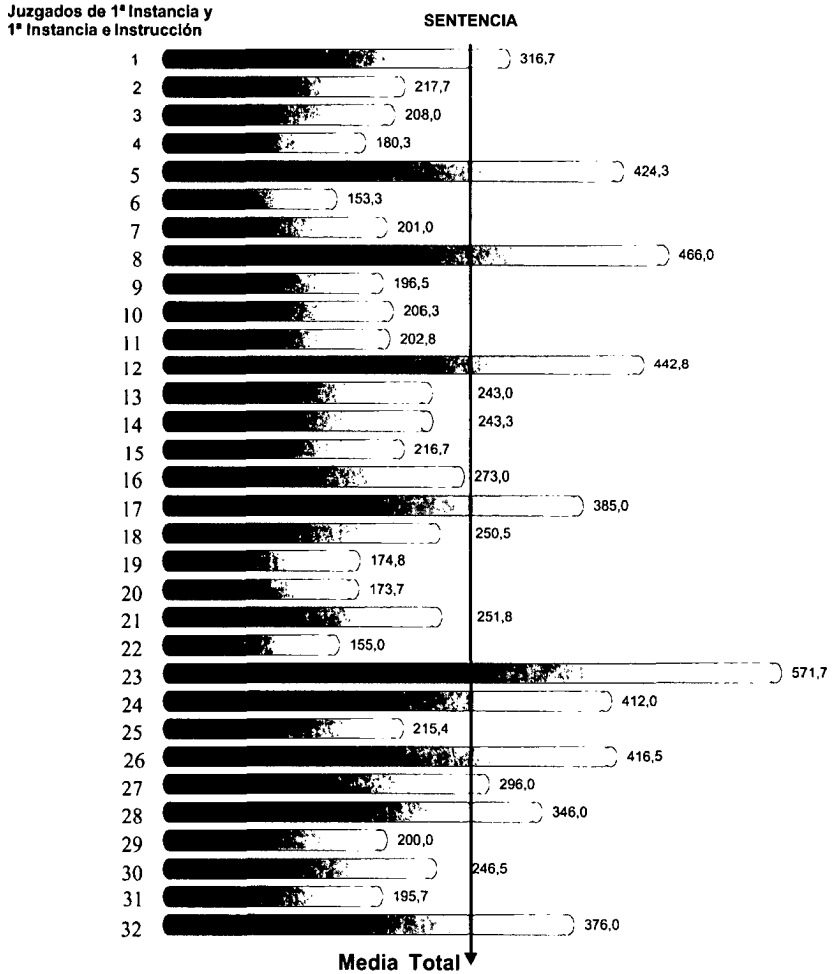


GRÁFICO 13

6. CONCLUSIONES

Una parte importante de los asuntos judiciales tramitados en los tribunales de lo civil son resueltos en plazos procesales que podríamos considerar como claramente razonables, en trece meses o menos. Así, el 64 por 100 de los procedimientos *ejecutivos*, el 52 por 100 de los de *menor cuantía*, el 81 por 100 de los de *cognición* o el 72 por 100 de los *divorcios contenciosos*.

Por supuesto es discutible la necesidad y esfuerzo que merece la pena emplear en reducir este plazo, pero lo que parece menos discutible es que los procedimientos que se alargan más allá de los trece meses, cuatrocientos días, deben ser sólo asuntos especiales, procesalmente muy complicados o víctimas de una intervención procesal sistemáticamente entorpecedora de, al menos, una de las partes.

En cualquier caso, la mayoría de las duraciones procesales medias superan claramente el año. Aunque hay excepciones, como la de los procesos de *divorcio por mutuo acuerdo*, donde la sentencia se alcanza como media en algo menos de cinco meses. Pero este dato denuncia en sí mismo la situación de colapso, seguramente, dos tercios del tiempo consumido para obtener la resolución de los *divorcios por mutuo acuerdo* se emplea en esperar en una mesa a que el Titular del Juzgado redacte una sentencia *de puro trámite*.

A la vista de los datos generales parece que el mayor atasco, al menos en Madrid, está en la segunda instancia, donde una apelación de civil tiene un plazo medio de obtención de resolución por sentencia de un año y medio.

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resuelve por sentencia en un plazo medio de tres años y por auto en dos años. Sin lugar a dudas, es una situación insostenible. Más allá de la tutela judicial del artículo 24 CE, queremos recordar la función jurisdiccional y de unificación de criterios que tiene el Tribunal Supremo, pero que elaborada con tres años de retraso provoca que casos similares que podrían haber sido resueltos en la segunda instancia ingresen a la casación.

Se puede afirmar, a la luz de los datos analizados, que la especialización de los Juzgados de Primera Instancia disminuye la duración de los procedimientos, e incrementa la calidad del trabajo judicial³⁹.

³⁹ Este aspecto no es abordado por este trabajo, pero los abogados, al menos en Madrid, enuncian que hay una gran diferencia al tratar con los juzgados especializados.

Hemos mencionado como principal línea de contención y control de las demoras excesivas la adecuación de los plazos procesales a la capacidad real de trabajo de los Tribunales. Enunciado este principio sin ningún otro matiz puede parecer una manera de legitimar la dilación sistemática, esto es, si alargamos los plazos legales hasta los tiempos medios reales que se toman en la actualidad los juzgados en cada paso procesal no podremos disminuir la duración en aquellos procesos que lo requieren.

A lo largo del trabajo nos hemos enfrentado varias veces al tema que abordamos al inicio: ¿Cuál es el plazo razonable para cada tipo de proceso? Se trata de enunciar un *standard*, un plazo aplicable de manera generalizada a cada uno de los procesos. Por ejemplo, que un *divorcio por mutuo acuerdo* nunca debe obtener la sentencia en más de tres meses.

El análisis realizado nos ha permitido señalar a partir de qué duración un procedimiento empieza a ser un auténtico extraño estadísticamente hablando. Sin embargo, no estamos en condiciones de determinar un plazo que combine la realidad estadística, la procesal y la satisfacción de la demanda social para cada tipo de proceso, ahora bien, sí podemos decir tres cosas sobre ese plazo de referencia:

1. Deberá tener en cuenta la planta judicial existente y la capacidad de trabajo real de los Tribunales que la componen.
2. Los plazos procesales deberían configurarse en intervalos de tiempo, esto es, mínimo y máximo. Dicho de otro modo, algunos pasos o etapas procesales deben requerir un tiempo mínimo de reflexión o trabajo, bien de las partes o del propio órgano judicial, y por supuesto una duración máxima.
3. Y finalmente, cualquiera que sea o sean los criterios para establecer el plazo razonable deberá tener en cuenta la demanda social. No hay la misma expectativa, en tiempo de resolución, sobre unas medidas provisionales o un divorcio.

Finalmente, apuntar que con la misma dotación y planta judicial actual el rodaje de la Ley 1/2000 LEC no permite augurar una clara mejoría en los tiempos procesales.

La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *La doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000.*—II. *Cuestiones que plantea la sentencia.*—III. *La relación de dependencia.*—IV. *La culpa del dependiente. El problema de la carga de la prueba.*—V. *La objetivación de la responsabilidad del empresario atendiendo a las circunstancias del riesgo creado.*

I. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2000

La sentencia de la que es ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández consta de nueve Fundamentos de Derecho, apareciendo perfectamente descritos los hechos en los mismos, y especialmente, en el segundo.

Primero.—El Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Navalcarnero dictó sentencia el 13 de mayo de 1994 en los autos del juicio de mayor cuantía número 259/92 en la que estimando en parte la demanda formulada por don Marino Garrido Rodríguez-Radillo, doña Sara García Ortiz y don Pablo, don Diego y doña Inés Garrido García contra «Aero Madrid, S. A.», y contra la «Compañía de Seguros Catalana Occidente», absuelve a la primera entidad demandada y condena a la Compañía Aseguradora a pagar a don Marino Garrido Rodríguez-Radillo y a doña Sara Garrido García la cantidad de cinco millones de pesetas, más los intereses del

20 por 100 a partir del día 6 de diciembre de 1991 hasta su completo pago (*sic*). Formulados sendos recursos de apelación por los demandantes y la demandada condenada, la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 1 de octubre de 1996 (Rollo 455/94) en la que estima los dos recursos, totalmente el interpuesto por «Catalana Occidente Anónima de Seguros y Reaseguros» a la que absuelve, y parcialmente el planteado por los demandantes en cuya virtud condena a «Aero Madrid, S. A.», a pagar a doña Sara García Ortiz y a don Marino, doña Sara, don Pablo, don Diego y doña Inés Garrido García la suma de diez millones doscientas mil pesetas en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la muerte de don César Garrido García; absolviendo a «Aero Madrid, S. A.», de tener que indemnizar a don Marino Garrido Rodríguez-Radillo. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso por «Aero Madrid, S. A.», recurso de casación, articulado en ocho motivos, en los que, sucintamente, denuncia: infracción del artículo 359 LEC por modificación de la *causa petendi* (motivo primero); del artículo 1903.4 CC, en relación con el artículo 1104.1.º del mismo Código, y con el artículo 60 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, así como en relación con los artículos 6.1.1, 6.1.2 y 6.1.3 del Reglamento de Circulación Aérea de 18 de octubre de 1971, por no existir culpa en la recurrente por omisión de las medidas de vigilancia y control del piloto de aviación siniestrado (motivo segundo); del artículo 1903, párrafo último, del Código civil, en relación con el artículo 1214 del mismo Cuerpo legal, al calificar la sentencia de culposa la omisión por «Aero Madrid, S. A.», de medidas de vigilancia y control del piloto de aviación siniestrado (motivo segundo); del artículo 1903, párrafo último, del Código civil, en relación con el artículo 1214 del mismo cuerpo legal, al calificar la sentencia de culposa la omisión por «Aero Madrid, S. A.», de medidas de vigilancia y control del piloto, por no haber acreditado que desplegó la diligencia exigible (motivo tercero); existencia de incongruencia por contradicción interna entre lo razonado en los fundamentos y lo dispuesto en el fallo, resultando infringido por ello el artículo 359 LEC (motivo cuarto); infracción del artículo 1903.4.º del Código civil y de los mismos preceptos de la Ley 48/1960 y Reglamento de 18 de octubre de 1971, por cuanto no existe en el piloto la subordinación o dependencia requeridas, según las circunstancias, para estimar concurrente la culpa *in vigilando* de la recurrente (motivo quinto); infracción del artículo 1903.4.º, en relación con los artículos 1104.1.º, 1105 y 1214, todos ellos del Código civil, por haber la sentencia recurrida calificado indebidamente de culposa la con-

ducta del piloto del avión siniestrado, para de ello derivar incorrectamente la responsabilidad de «Aero Madrid, S. A.», (motivo sexto); vulneración del artículo 1249 del Código civil, en relación con los artículos 1903.4.º y 1214 del mismo Código, porque la sentencia recurrida establece indebidamente una presunción de culpa en la recurrente, por supuesta actuación culposa del piloto, causante del daño, cuando dicha culpa no concurría en el mismo (motivo séptimo); y, por último, conculcación del artículo 1103, en relación con el artículo 1903.4.º, ambos del Código civil, por no haber entendido en cualquier caso la sentencia recurrida que existía una concurrencia de culpas del agente causante del daño con la víctima por las especiales circunstancias concurrentes, para, a su tenor, hacer uso de la facultad moderadora de la responsabilidad procedente (motivo octavo).

Segundo.—En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida se recogen los siguientes hechos básicos, que han quedado incólumes en casación: I. El día 1 de octubre de 1989 se suscribió un contrato de aprendizaje entre el centro de formación aeronáutica «Aero Madrid, S. A.» (reconocido como centro oficial de enseñanza para impartir las clases teóricas y prácticas correspondientes al curso de piloto comercial con calificación IFR), y don César Garrido García (alumno que pretendía la obtención de ese título profesional de piloto comercial con calificación IFR), en virtud del cual Aero Madrid se comprometía a impartir clases teóricas y prácticas mediante puesta a disposición del alumno de los recursos humanos y materiales precisos a cambio del cobro de un precio de cinco millones trescientas mil pesetas (más el 12 % del IVA). Y, en cumplimiento de ese contrato, el día 5 de septiembre de 1991, cuando don César ya había superado todas las pruebas para la obtención del título de piloto comercial y sólo precisaba completar las horas de vuelo necesarias para su expedición, despegó a las 8 y 40 minutos del aeropuerto de Cuatro Vientos (Madrid), pilotando el avión terrestre marca Piper, modelo PA-44-180, matrícula EC-FCI y con número de serie 44-7995199 (de la propiedad de «Aero Madrid, S. A.»), en compañía del instructor (empleado de Aero Madrid) don Jerónimo José Cerisola Infiesta, quien también disponía de otros mandos del avión para poder sustituir al piloto en el momento que lo considerase oportuno, y de don Santiago Baamonte Artelo (alumno de la escuela que, además de haber superado las pruebas para la obtención del título de piloto comercial, también tenía completadas las horas necesarias de vuelo para su expedición). Y cuando eran las 9 horas y sobrevolaban la finca Valdeciervos (en el partido judicial de Navalcarnero), el avión cayó en vertical y girando sobre sí mismo,

respecto de su eje longitudinal, hasta chocar frontalmente con el suelo, falleciendo, en el acto, don César y los otros dos ocupantes del avión. II. Don César, nacido el día 26 de junio de 1968, era soltero y no había tenido descendientes, falleciendo «ab intestado» y sobreviviéndole sus padres (don Marino Garrido Rodríguez-Radiello y doña Sara García Ortiz), con quienes residía, desde su nacimiento, en el piso 1.º izquierda de la casa número 66 de la calle Ramón y Cajal de La Robla (León), y sus hermanos (don Marino Juan Ignacio, nacido el día 30 de julio de 1967; doña Sara, nacida el día 1 de octubre de 1969; don Pablo, nacido el día 29 de mayo de 1971; Diego Marcos, nacido el 18 de diciembre de 1981; e Inés, nacida el 11 de julio de 1984). Y, III. El día 21 de febrero de 1990 se suscribe un contrato de seguro de personas, en la modalidad de seguro de accidentes, que, entre otros riesgos, cubría la lesión corporal que derive de una causa violenta súbita que produzca muerte, hasta un límite cuantitativo indemnizatorio de cinco millones de pesetas, y por el período de tiempo que media desde el día 19 de febrero de 1990 hasta el día 30 de marzo de 1991, siendo el asegurador «Catalana Occidente, S. A.», el tomador del seguro «Aero Madrid, S. A.», los asegurados los alumnos de Aero Madrid que figuran relacionados en un anexo, y entre los que se encuentra don César, y beneficiarios los herederos legales de los asegurados. Constando en las condiciones generales (la 12 número 4) que: «El seguro se estipula por el período de tiempo previsto en las condiciones particulares, y a su vencimiento se prorrogará por períodos no superiores a un año; no obstante, cualquiera de las partes podrá oponerse a la prórroga mediante notificación escrita a la otra, efectuada con antelación superior a dos meses a la conclusión del período de seguro en curso». Mientras que, como condición particular recogida en la propia póliza (la número 8/8.643.591-A), «se establece por una duración de improrrogable temporal», *sic*.

En la sentencia de la Audiencia se razona ampliamente en relación con el contrato de seguro de accidentes (que para este recurso de casación carece de interés) y asimismo sobre la inaplicabilidad en el caso de la responsabilidad objetiva regulada en la Ley de Navegación Aérea, centrando el objeto del proceso en la aplicación de los preceptos genéricos sobre responsabilidad, y concretamente en la indemnización del daño moral proveniente de la muerte del referido alumno de la autoescuela cuando pilotaba el avión en vuelo de instrucción. También se examina la existencia de renuncia a reclamar indemnización de daños y perjuicios por parte del padre del piloto fallecido, Sr. Garrido, y la ausencia de culpa extracontractual con base en el artículo 1902 por parte de «Aero Madrid, S. A.».

Por consiguiente, el fundamento de la condena se sitúa en la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno (párrafos primero y cuarto del artículo 1903 CC).

Para combatir la anterior condena la parte recurrente, además de interesar la integración del *factum* (con base en diversas sentencias de esta Sala), articula los ocho motivos expresados, que se pueden agrupar, para facilitar su examen, en los siguientes apartados, de análisis sucesivo por razones de método procesal y orden lógico: *a)* los que denuncian incongruencias de la sentencia recurrida (motivos 1.º y 4.º); *b)* el relativo a la inexistencia de la relación de dependencia o subordinación de dicho piloto instructor con la entidad recurrente (motivo 5.º); *c)* los encaminados a negar la existencia de culpa en el piloto instructor Sr. Cerisola (motivos 6.º y 7.º); *d)* falta de culpa de «Aero Madrid, S. A.», en relación con la omisión de medidas de vigilancia y control (motivo 2.º); *e)* falta de culpa en relación con la afirmación de no haberse desplegado la diligencia exigible (motivo 3.º); y *f)* moderación en la indemnización por concurrencia de culpas (motivo 8.º).

Tercero.—En el motivo primero se denuncia incongruencia por alteración de la *causa petendi*, que vulnera el artículo 359 LEC.

En el desarrollo del motivo se alega, en síntesis: para que sea congruente, la sentencia ha de estar basada en la misma causa de pedir que se ha invocado por las partes oportunamente al deducir sus respectivas pretensiones en el procedimiento; la *causa petendi* consiste en el fundamento fáctico esencial alegado por las partes o bien unos hechos básicos y la calificación jurídica que a los mismos otorgan las partes; la jurisprudencia (sentencias de 8 de enero de 1902, 5 de julio de 1944, 15 y 24 de diciembre de 1993 y 18 de julio de 1995) conforma la causa de pedir sobre los hechos básicos que sirven de fundamento a la acción; es preciso diferenciar la individualización o particularización de la pretensión de su motivación; en el caso se trata de una acción personal de condena, ejercicio de un derecho personal o de obligación; en el escrito resumen de pruebas se introdujeron por la parte actora alegaciones fácticas nuevas que invocaban unas causas de accidente diferentes que responsabilizaban a la recurrente sin que sobre ellas nada pudiera alegar o probar, y la Audiencia se basa en una de estas extemporáneas alegaciones para la apreciación de culpa del piloto instructor, lo que supone una modificación de la causa o razón de pedir como causa concreta o fundamento de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual; y con ello se infringe el artículo 359 LEC, por incongruencia, puesto que la jurisprudencia considera que se produce alteración

de la *causa petendi* cuando se sustituyen las cuestiones debatidas por otras o se aparta de los hechos fijados en los escritos fundamentales del pleito.

El motivo no puede ser acogido porque la alegación fáctica tildada de extemporánea no forma parte de la *causa petendi*.

Ello es así porque, sin perjuicio de compartir en lo sustancial la doctrina que se expone en el motivo sobre la *causa petendi*, no se acepta la aplicabilidad que se hace en el caso. La *causa petendi* comprende el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. Se trata de acontecimientos (hechos históricos) de la vida social, concretos, de interés para el proceso, y que, además, desarrollen una función individualizadora de la pretensión. No se comprenden las normas o principios jurídicos, los argumentos, los medios de prueba, ni los hechos que aun siendo constitutivos (porque alegados, y en su caso probados, son presupuesto de la estimación de la pretensión) no tienen la función previa de delimitar e individualizar el objeto del proceso, en la perspectiva de la congruencia, litispendencia, cosa juzgada y acumulación. Tratándose de un derecho de obligación la *causa petendi* está integrada por los hechos concretos que dan lugar al nacimiento y adquisición del derecho de que se trate. Por consiguiente, no todos los hechos de interés para el proceso integran dicha causa, sólo los jurídicamente relevantes –y suficientes–, para diferenciar una *causa petendi* de otra, y por tanto dos objetos procesales con «petitum» igual, y en definitiva dos acciones o pretensiones. Cualquier otra consideración sobre la introducción extemporánea de apreciaciones fácticas en el proceso es ajena a la doctrina de la causa de pedir.

Las alegaciones encaminadas a justificar la existencia o exoneración de la culpa extracontractual, o la concurrencia del nexo causal, no forman parte de la *causa petendi*, como tampoco cuando se trate de apreciaciones, a tales efectos, derivadas de la prueba practicada (sentencias de 23 de mayo de 1996 y 5 de noviembre de 1997, entre otras). Lo relevante es que no se produzca una modificación sustancial de los términos del litigio –en esencia, muerte de un alumno piloto de una aeronave con ocasión de prácticas de vuelo por culpa del piloto instructor–, obviamente no la producen las aportaciones proporcionadas por las pruebas para acreditar la existencia de culpa, aunque supongan la revelación de circunstancias no conocidas al tiempo de formular las alegaciones.

Por otro lado, no cabe imaginar la posibilidad de indefensión, porque no se puede tildar de sorpresivo lo que es previsible pueda ser el resultado de una prueba, y en cualquier caso el recurso de

apelación permitía atender adecuadamente a la tutela judicial del interés procesal de la parte aquí recurrente.

Cuarto.—En el motivo cuarto se denuncia también la existencia de incongruencia por infracción del artículo 359 LEC.

Se alega en el desarrollo del motivo incoherencia interna de la sentencia por contradicción de los fundamentos y lo dispuesto en el fallo. Y se alegan las sentencias de 4 de mayo de 1993, 13 de octubre de 1994 y 4 de abril de 1995 sobre incongruencia por contradicción interna.

El motivo carece de soporte adecuado. Nada cabe objetar, en sustancia, a la doctrina jurídica expuesta, pero la realidad fáctica no se ajusta a la versión de la denuncia efectuada. La sentencia de la Audiencia es de una claridad meridiana, tanto cuando razona en el apartado III del Fundamento cuarto sobre la responsabilidad civil extracontractual por actos propios, como cuando lo hace en el apartado IV del propio Fundamento sobre la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, en ambos casos en relación con la conducta de «Aero Madrid, S. A.». Se trata de dos argumentaciones independientes, no extrapolables, cuyo contenido debe valorarse en el propio contexto a que responden, la primera para la perspectiva del artículo 1902, y la segunda para la del artículo 1903, párrafo cuarto, ambos preceptos del Código civil.

Quinto.—En el motivo quinto del recurso se aduce, en su enunciado, la infracción de diversos preceptos —arts. 1903.4 CC, 60 Ley 48/1960, de 21 de julio, y 6.1.1, 6.1.2 y 6.1.3 del Reglamento de Circulación Aérea de 18 de octubre de 1971— por cuanto no existe en el piloto (se refiere al piloto instructor, o profesor) la subordinación o dependencia requeridas, según las circunstancias, para estimar concurrente la culpa «in vigilando» de la recurrente.

En el contenido del motivo hay que distinguir dos partes. En la primera (concretando una amplia argumentación ya desarrollada en los antecedentes del recurso) se interesa la integración del *factum* (previo examen de los autos por esta Sala), y se reprocha a la resolución recurrida deficiencia en la exposición fáctica, por ser incompleta la relación del antecedente segundo, y dispersas y poco explícitas las restantes referencias. La alegación efectuada no merecería especial atención, dado que se no se corresponde con el enunciado del motivo y no ha sido adecuadamente fundamentada desde el punto de vista jurídico, ni tendría mayor interés que el de una mera disquisición dialéctica preparatoria del verdadero motivo del recurso, si no fuera porque la parte recurrente desliza una afirmación que, de ser fundada, podría tener alcance constitucional, al señalar

que la deficiencia aludida «coloca a la parte en una evidente dificultad procesal para la formulación del presente recurso, constitutiva de indefensión que expresamente se denuncia a los efectos procedentes».

La alegación de la parte, en términos benévolos, y aparte el interés parcial que puede motivar el planteamiento formulado, carece de consistencia alguna. La denominada «integración del factum» es una facultad (integrativa) del Tribunal de Casación para complementar una relación histórica incompleta o insuficiente a fin de explicitar la respuesta casacional, pero en modo alguno permite efectuar valoraciones probatorias, ni menos que pueda ser postulada por la parte para la configuración del supuesto fáctico de un motivo. De considerarse defectuosa la motivación fáctica o jurídica de una sentencia, su planteamiento casacional debe realizarse mediante el planteamiento directo del vicio procesal. Por otro lado, resulta injusto el reproche que se hace a la sentencia recurrida. Esta resolución, con exquisitez procesal, formula un riguroso esquema fáctico, y desarrolla los aspectos concretos al tiempo de la motivación jurídica, y lo hace con claridad y con precisión (salvo el *lapsus calami* de las fechas de algunas de las sentencias de esta Sala que cita). No hay dispersión, y la posibilidad, e incluso oportunidad y exigibilidad, de que la consignación fáctica se haga a propósito de la motivación jurídica viene siendo recogida en copiosa doctrina jurisprudencial.

La segunda parte del motivo desarrolla la denuncia de que no se da la relación de dependencia o subordinación jerárquica entre el agente (piloto Sr. Cerisola) y el empresario («Aero Madrid, S. A.») que, con carácter indefectible, viene exigiendo la jurisprudencia para que se pueda aplicar la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 1903 del Código civil. Se citan las sentencias de 17 de noviembre de 1980, 7 de noviembre de 1985, 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 26 de noviembre de 1990, y 5 y 13 de octubre de 1995. Se argumenta que: el piloto Sr. Cerisola no tenía la condición de simple operario; era independiente y autónomo en su ámbito y decisiones; y con arreglo a la legislación en materia de navegación aérea tiene el carácter de autoridad en el ejercicio de su mando, por lo que es el responsable de todas las maniobras que efectúe. Por consiguiente, habida cuenta las especiales circunstancias y situación del agente, y la autonomía de sus decisiones, no puede ser considerado empleado, ni dependiente, y cualesquiera instrucciones sobre medidas de control y vigilancia que se les pudiera dar resultarían ociosas e inoperantes.

La doctrina jurisprudencial citada es la procedente (con independencia de matizaciones casuísticas acerca de lo que cabe entender por dependencia –las sentencias de 8 de abril de 1996 y 7 de abril de 1997, núm. 295/97, comprenden el colaborador–), y sólo cabe añadir, por razones temporales, otras sentencias posteriores, como las de 12 de febrero y 29 de marzo de 1996, 7 de abril de 1997 (núm. 295/97) y 3 de julio de 1998. Sin embargo, el motivo no puede ser estimado porque el supuesto fáctico aparece claramente sentado en la resolución recurrida («se reconoce, desde un principio, que el instructor era un empleado de Aero Madrid, contratado precisamente para impartir clases prácticas de vuelo para la obtención del título de piloto»), permaneciendo incólume en casación, y la argumentación que se hace en el motivo no afecta a la existencia de la relación de dependencia empresarial a los efectos del artículo 1903, tanto más si se tiene en cuenta que situaciones similares a la que se comenta se dan en todos los casos en que el empleado contratado desarrolla una labor de alta cualificación técnica. Por otra parte, no cabe desconocer que existe una importante intervención de la empresa en la selección del personal y en el ámbito de actuación del mismo, que debe traducirse en una vigilancia y control acerca de su desenvolvimiento, precisamente porque compromete los intereses de la entidad; y además la autonomía en la toma de decisiones inmediatas no implica que se trate de un profesional autónomo que sólo deba rendir cuenta a sí mismo y a cargo de su exclusivo patrimonio. Y todo ello sin perjuicio, asimismo, de lo que se dirá sobre el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno empresarial.

Por todo ello el motivo no es estimable.

Sexto.–Siguiendo el orden lógico expresado en el Fundamento jurídico segundo *in fine* de esta sentencia procede examinar los motivos sexto y séptimo del recurso, los que se analizan conjuntamente por ser factible la unidad de respuesta, obviando repeticiones innecesarias. El motivo sexto, formulado como subsidiario del quinto, se apoya en la infracción del artículo 1903.4.º CC, en relación con los artículos 1104.1.º, 1105 y 1214 del mismo Cuerpo legal, y el motivo séptimo se sustenta en la infracción del artículo 1249, en relación con los artículos 1903.4.º y 1214, todos ellos del citado Texto legal. En el encabezamiento del sexto se aduce que la sentencia recurrida ha calificado indebidamente de culposa la conducta del piloto del avión siniestrado para de ello derivar incorrectamente la responsabilidad de la recurrente; y en el enunciado del séptimo se afirma que la sen-

tencia recurrida establece indebidamente una presunción de culpa en «Aero Madrid, S. A.», por supuesta actuación culposa del piloto, causante del daño, cuando dicha culpa no concurría en el mismo.

En el desarrollo de los motivos se parte de la base de que para declarar la culpa del artículo 1903.4.º es preciso la existencia de culpa del agente dependiente (se citan las sentencias de 25 de octubre de 1980, 27 de enero de 1983, 9 de enero de 1984, 7 de noviembre de 1985, 15 de julio de 1993, 13 de octubre de 1995 y 11 de marzo de 1996). Se añade que para exigir la responsabilidad por hecho ajeno es necesario acreditar la específica culpa del agente. Y se concluye que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se cita, para declarar la culpa de éste debe concurrir la previsibilidad. Con base en dichas apreciaciones sostiene que no hay culpa del piloto de la empresa. Como la sentencia recurrida razona sobre la culpabilidad del piloto instructor, el recurso sostiene que tal estimación no es correcta de modo alguno, discrepando de su contenido por basarse en una alegación extemporánea (sobre la altitud de vuelo del avión), fundarse en meras hipótesis en relación con la entrada en barrena del avión (intencionada o no intencionada), sin considerar que la entrada en barrena no fue la causa, sino la consecuencia, y no tomar en consideración que la imprevisibilidad del hecho fue admitida en la demanda, por lo que la calificación de culpabilidad está en clara contradicción con los hechos reconocidos expresamente por la actora.

Los motivos que se examinan no pueden ser acogidos.

En primer lugar, para que se pueda producir la infracción del artículo 1249 CC (falta de acreditamiento del hecho base) es preciso que por el cauce adecuado —error en la valoración de la prueba— se haya obtenido la modificación fáctica correspondiente. En segundo lugar, no se puede producir infracción del artículo 1214 CC cuando se valora la prueba en su conjunto (dice la resolución recurrida: «de ahí que la cuestión se reduzca a determinar si el instructor fue el causante culposo del accidente. Y de la prueba practicada, valorada en su conjunto, se desprende una respuesta afirmativa»). En tercer lugar, no es dable sustituir una apreciación, supuestamente hipotética de la Sala de instancia, por lo demás razonable y nada carente de sentido, por otra no menos hipotética de la parte recurrente. En cuarto lugar, el nexo causal que sirve de engarce a los otros dos elementos de la culpa extracontractual —acción u omisión del agente y daño para la víctima o perjudicados— no plantea cuestión ni en el ámbito de la causalidad material ni en el de la causalidad jurídica —juicio de imputación objetiva—.

El razonamiento de la sentencia de instancia sobre la forma de acontecer el accidente no es lógico o carente de buen sentido, e impensable pueda tildarse de arbitrario o irracional, lo que es suficiente para excluir cualquier debate en casación acerca de si caben hipótesis alternativas meramente especulativas. Además, en situaciones como las de autos, cuando se trata de actividades con singulares circunstancias de riesgo, incluso sin necesidad de especular sobre riesgos especiales derivados de hipotéticas enseñanzas prácticas relativas a situaciones difíciles, maniobras comprometidas o similares, no cabe exigir a los que accionan, en virtud de un derecho de una víctima, o dimanante de ésta, que no puede esclarecer lo acontecido, una completa aportación probatoria para explicar totalmente el «cómo y porqué» de lo acontecido, porque ello supondría colocarlos las más de las veces en situaciones de gran dificultad o imposibilidad (*probatio diabolica*), y ello tanto más si se tiene en cuenta que el entorno del agente acumula el total control de la esfera de actividad desplegada, y de la información sobre su desarrollo, a la que por cierto debe atender con el mayor celo y máximas posibilidades mientras la misma tiene lugar. Ello conlleva a que en tales casos se haya de mantener un criterio de menor exigencia probatoria, menor rigor en la dosis de prueba precisa (coeficiente de elasticidad), pudiendo tomarse en consideración perspectivas de verosimilitud, mayor probabilidad cualificada, e incluso cabe desplazar a quien tiene más facilidad para probar lo acontecido las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, debiendo contemplarse esta posibilidad sólo como una regla especial a considerar según las circunstancias concretas de cada caso. Por otra parte, en el terreno del juicio de imputación objetiva, la asunción voluntaria del riesgo por la víctima no puede entenderse vaya más allá del caso fortuito, fuerza mayor e imprevisible intervención de un tercero en el desencadenamiento causal. Y, por último, la sentencia recurrida, y ello es especialmente plausible, realiza un esfuerzo argumentativo para explicar la culpabilidad del piloto (imputación subjetiva), y en cambio la parte demandada aquí recurrente no ha justificado el haberse producido el evento por caso fortuito o fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de tercero, sin que en modo alguno quepa admitir que la parte actora reconozca en la demanda la falta de culpabilidad del piloto instructor.

Séptimo.—En los motivos segundo y tercero, que también resulta oportuno analizar conjuntamente, se cuestiona la responsabilidad por hecho ajeno de la entidad recurrente, negando la omisión de deberes de vigilancia y control del piloto del avión siniestrado, ni

de la diligencia exigible. En el motivo segundo se alega infracción del artículo 1903.4.º CC en relación con los artículos 1104.1.º del mismo Texto legal 60 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, y 6.1.1, 6.1.2 y 6.1.3 del Reglamento de Circulación Aérea de 18 de octubre de 1971, y en el motivo tercero se aduce la infracción del artículo 1903, párrafo último, del Código civil en relación con el artículo 1214 del Código civil.

La responsabilidad por hecho ajeno que cabe exigir de los empresarios está regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del Código civil. En el primero se establece la vinculación con el artículo 1902 y la relación de dependencia («la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de que se debe responder»). En el párrafo cuarto se recoge la alusión específica (son responsables «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»). Y en el párrafo sexto se establece la exoneración de responsabilidad («la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»). El régimen jurídico se complementa con la posibilidad de repetición que prevé el artículo 1904 del mismo Cuerpo legal.

La doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad de que se trata de conformidad con dicha normativa, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con su ocasión, la culpabilidad (*culpa in operando* o *in omittendo*) del mismo, y la falta de prueba por parte del empresario de haber empleado toda la diligencia para evitar el resultado dañoso. Los tres primeros requisitos ya han sido tratados. Se plantea aquí el examen del último, al cual hacen referencia los dos motivos antes expresados.

La aplicación de la preceptiva legal ha sugerido diversas interpretaciones caracterizadas por una evolución hacia posturas que, sin aceptar la responsabilidad objetiva pura, tienden a un marcado matiz objetivo. Si las posturas subjetivistas contemplan fundamentalmente la exigencia de una conducta culposa consistente en la omisión de deberes, singularmente en el campo de la elección del sujeto agente o en el de la adopción de medidas de control y vigilancia (*culpa in eligendo* o *in vigilando*), con una impronta objetivista (no en el sentido técnico, sino en el de

menor dificultad para declarar la responsabilidad) cuando se admite la presunción de culpa, o se atribuye la carga probatoria al empresario, las teorías objetivadoras ponen el acento de la responsabilidad empresarial en la doctrina de la prolongación de la actividad del empresario en el empleado (teoría de la representatividad u orgánica), o en la creación del riesgo, bien en la perspectiva de que quien aprovecha el beneficio, lucro o utilidad de la actividad peligrosa debe sufrir la indemnización del quebranto padecido por el tercero (*cuius commoda eius incommoda; ubi emolumentum, ibi onus*), o bien desde la óptica de la absorción del riesgo (el riesgo del factor humano se engloba en el riesgo de la empresa). La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo, con base en diversos argumentos y, singularmente, por una interpretación sociológica (art. 3.1 CC), que el precepto que se examina sostiene un caso de responsabilidad «cuasi-objetiva» (entre otras, sentencias de 28 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1996, 3 de julio y 31 de octubre de 1998). La aplicación de esta doctrina a los casos concretos se ha movido entre la atribución de la carga de la prueba de la total diligencia (medidas de control y vigilancia y adecuada elección) a la empresa demandada (sentencias de 4 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1993 y 29 de marzo y 20 de diciembre de 1996, entre otras), a criterios de admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo (sentencias de 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 28 de febrero de 1992 y 7 de abril de 1997). Obviamente, la aplicación de un criterio más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, porque, como ha puesto de relieve la doctrina, la tesis subjetivista resulta insatisfactoria cuando el empleado presenta un alto grado de cualificación técnica en la actividad motivadora del daño, por resultar difícil de imaginar, en tal caso, la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Por consiguiente, el ámbito de rigor del matiz objetivista ha de ponerse en relación, y guardar proporcionalidad, con las circunstancias del supuesto y tipo y entidad del riesgo creado.

Lo anteriormente razonado es plenamente aplicable al caso que se examina, y de ello es consciente la propia parte, que no duda implícitamente en reconocer su dificultad para controlar el riesgo creado, por lo que de mantenerse la consecuencia que postula no cabría la responsabilidad empresarial por aquellos riesgos especiales generados por actividades encomendadas a personas de alto nivel técnico. A lo que aún cabe añadir que no cabe escudarse en la adopción de todas las medidas de seguridad y garantía cuando las previsiones adoptadas se muestran insuficientes en la realidad para

evitar eventos lesivos, lo que hace presumir que no se ha producido el agotamiento socialmente adecuado.

Finalmente, *ad omnen eventum*, nos hallamos en casación, y ocurre que en la sentencia de la Audiencia no hay base fáctica que permita apreciar que la parte demandada –aquí recurrente– dio cumplimiento a la exigencia que prevé el último párrafo del artículo 1903 CC.

Por todo ello decaen los motivos expuestos planteados desde una óptica puramente subjetivista, dialécticamente admisible, pero que no se corresponde con la que la doctrina jurisprudencial preciona en la interpretación y aplicación del precepto.

Octavo.–En el octavo y último motivo se denuncia infracción del artículo 1103 en relación con el 1903.4.º del Código civil, por no haberse apreciado concurrencia de culpas y hecho uso de la facultad moderadora de la indemnización acordada.

El motivo carece de fundamento porque no hay base alguna para entender que existió interferencia causal o conducta culposa por parte del piloto-alumno (víctima del accidente), por lo que si no se da el antecedente no es posible acoger el efecto consecuente.

Noveno.–La desestimación de todos los motivos comporta la del recurso de casación, y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 1715.3 LEC.

II. CUESTIONES QUE PLANTEA LA SENTENCIA

A pesar de la gran atención que nuestra doctrina ha prestado en los últimos años al tema de la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes, se observa que existe una gran discrepancia a la hora de solucionar los múltiples problemas que plantea esta peculiar responsabilidad por hecho ajeno. Además, se han producido algunas reformas legales, destacando la promulgación del nuevo Código penal, que inciden de manera importante sobre la configuración de dicha responsabilidad. El tema, pues, no está en modo alguno agotado, y buen ejemplo de ello es la sentencia de la Sala 1.ª del TS que voy a comentar, en la que, seguramente, por vez primera se tiene muy en cuenta que el dependiente posea una alta cualificación técnica, lo cual acontece normalmente cuando es un profesional liberal (médicos, arquitectos, abogados, etc.), para perfilar el significado de la relación de dependencia y el propio

fundamento de la responsabilidad que disciplina el artículo 1903.IV CC. La verdad es que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia, hasta la publicación de la sentencia que es objeto de este comentario, han prestado escasa atención al grado de cualificación técnica del dependiente, tal vez porque en este precepto no se tiene en cuenta de manera expresa este dato, que nuestro TS considera, en esta sentencia, esencial, creemos que con acierto, pudiendo suscitarse, con carácter general, la cuestión de si existe un mismo régimen jurídico cuando el dependiente carece de cualificación técnica y cuando la posee en un alto grado, y por ello en qué medida esta circunstancia incide en la propia interpretación del precepto.

El comentario de esta sentencia está en clara conexión con el que hice a la STS de 29 de marzo de 1996 en este *Anuario*, por lo que haré continuas alusiones al mismo¹. Tal vez, algún día, me decida por abordar en su conjunto el análisis del régimen jurídico de la citada responsabilidad, aun reconociendo que existen importantes aportaciones doctrinales, que son tenidas en cuenta en este comentario y en el anteriormente citado. En cualquier caso, sí parece oportuno, debido a la extraordinaria trascendencia social de esta responsabilidad, dar noticia y, en su caso, comentar las más importantes sentencias de nuestro TS, como la presente, de extraordinario interés, y que, sin embargo, ha pasado prácticamente desapercibida, quizás porque son numerosas las sentencias que en torno al artículo 1903.IV CC se publican cada año.

Las cuestiones básicas que se abordan en esta sentencia tienen que ver con la relación de dependencia, muy poco tratada por la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS, a diferencia de lo que acontece con la de la Sala 2.^a del mismo Tribunal, la culpa *in operando* del dependiente, cuestión discutida en nuestra doctrina científica, prestandose específica atención al problema, muy importante, de la carga de la prueba, y el fundamento de la propia responsabilidad del empresario, sobre el que existen tesis contrapuestas, de las que da amplia noticia la sentencia.

Es fundamental tener en cuenta que el TS, de manera muy discutible, de igual modo que las sentencias de instancia, considera, aunque no lo diga expresamente, que no estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual del deudor por el daño causado por un auxiliar en el cumplimiento, dato del que tenemos que partir

¹ CABANILLAS, «La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes (comentario a la STS de 29 de marzo de 1996)», *ADC*, 1997, pp. 903-918.

necesariamente al comentar esta sentencia, ya que la misma se enmarca, según el TS, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana y, en concreto, en el artículo 1903.IV CC, y por ello nos referimos, en consonancia con el título de este estudio jurisprudencial, a la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica.

Al diferente régimen que existe en nuestro Derecho cuando la responsabilidad del empresario por el daño causado por un dependiente suyo es contractual y cuando la misma es extracontractual nos referimos más adelante con cierta amplitud.

III. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA

En el motivo quinto del recurso se alega que no existe en el piloto (se refiere al piloto instructor o profesor) la subordinación o dependencia requeridas, según las circunstancias, para estimar concurrente la culpa *in vigilando* de la recurrente.

No se da la relación de dependencia o subordinación jerárquica entre el agente y el empresario que, con carácter indefectible, viene exigiendo la jurisprudencia para que se pueda aplicar la responsabilidad por hecho ajeno con fundamento en el artículo 1903.IV CC. El piloto no tenía la condición de simple operario; era independiente y autónomo en su ámbito y decisiones; y con arreglo a la legislación en materia de navegación aérea tiene el carácter de autoridad en el ejercicio de su mando, por lo que es responsable de todas las maniobras que efectúe. Por consiguiente, habida cuenta las especiales circunstancias y situación del agente, y la autonomía de sus decisiones, no puede ser considerado empleado, ni dependiente, y cualesquiera instrucciones sobre medidas de control y vigilancia que les pudiera dar resultarían ociosas e inoperantes.

El TS no estima el motivo porque en la resolución recurrida se reconoce que el instructor era un empleado de «Aero Madrid, S. A.», contratado precisamente para impartir clases prácticas de vuelo para la obtención del título de piloto. Existe una relación de dependencia empresarial a efectos del artículo 1903, tanto más si se tiene en cuenta que situaciones similares a la que se comenta se dan en todos los casos en que el empleado contratado desarrolla una labor de alta cualificación técnica. Por otra parte, no cabe desconocer que existe una importante intervención de la empresa en la selección del personal y en el ámbito de actuación del mismo, que debe traducirse en una vigilancia y control acerca de su desenvolvimiento,

precisamente porque compromete los intereses de la entidad; y además la autonomía en la toma de decisiones inmediatas no implica que se trate de un profesional autónomo que sólo deba rendir cuenta a sí mismo y a cargo de su exclusivo patrimonio.

Para comprender la doctrina del TS en esta sentencia, es fundamental tener en cuenta que el piloto instructor es un empleado de la empresa «Aero Madrid, S. A.». Parece evidente que existe una relación laboral, por lo que ofrece, en principio, pocas dudas la aplicación del artículo 1903.IV CC. Como apunta Barceló², no plantea problemas la aplicación del artículo 1903.IV CC cuando medie un contrato de trabajo entre los sujetos responsables.

En el ámbito laboral se ha abandonado, merced a una larga elaboración doctrinal y jurisprudencial, la rigidez de los índices a través de los cuales se exteriorizaba la dependencia: asistencia regular y continuada a un lugar de trabajo, percepción de una remuneración fija, existencia de un control del empresario que impartía órdenes y prestación del servicio a una persona con carácter exclusivo o preferente.

En esta línea, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 1.1, se refiere al moderno significado de la dependencia, al establecer el ámbito de aplicación: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario»³.

La regla que aparece en el precepto es la del sometimiento al «ámbito de organización y dirección de otra persona». De esta manera, en relación con la configuración de la dependencia, se ha operado, como afirma Alonso Olea⁴, una transición desde una subordinación que nació, realmente, contemplando tan sólo el trabajo manual, a un poder organizativo o de dirección concebible, si el trabajo es por cuenta ajena, incluso a los servicios más cualificados técnicamente y respecto de las personas cuya potencia económica –precisamente derivada en muchas ocasiones de los conocimientos técnicos que poseen– hace anacrónica y casi ridícula, en sentido económico y por reflejo en sentido jurídico, la noción de

² BARCELÓ, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, p. 223.

³ Sobre este precepto, *vid.* SALA FRANCO y LÓPEZ MORA, «Contrato de trabajo», en *Comentarios a las leyes laborales*, dirigidos por BORRAJO y DACRUZ, *Estatuto de los trabajadores*, I, Madrid, 1990, pp. 3 ss.

⁴ ALONSO OLEA, «En torno al concepto de contrato de trabajo», *ADC*, 1967, pp. 130 ss., esp. p. 132.

subordinación. Por ello, este autor habla de la debilitación de la dependencia en el contrato de trabajo.

La cuestión se ha planteado especialmente en relación con los profesionales liberales. En este sentido, Barceló⁵ observa que existen muchas actividades que exigen un alto grado de especialización, como es el caso de las desarrolladas por los profesionales liberales. En la actualidad es frecuente, por ejemplo, que un médico preste sus servicios en régimen de dependencia con una empresa privada o con la Administración Pública. La dependencia se manifiesta en sometimiento a un horario, en la atención controlada de los enfermos, etc.; pero existe siempre un ámbito de actuación que escapa al control empresarial y que corresponde, precisamente, al momento en que el médico aplica sus conocimientos sobre el paciente para intentar su curación. El problema no es otro que determinar si el artículo 1903.IV CC tendrá aplicación también en el supuesto en que el daño producido proviene de esa esfera de actuación técnica no controlable por el empresario.

Frente a los autores que consideran que no existe responsabilidad por hecho ajeno y sí responsabilidad por hecho propio del trabajador cuando el daño proviene de la realización de una actividad en la que existe independencia desde el punto de vista técnico⁶, otros entienden que la norma que declara la responsabilidad por hecho ajeno es aplicable a toda situación, sin hacer ninguna excepción en la esfera técnica de su actividad⁷.

En línea con el pensamiento de Yzquierdo Tolsada, que exponemos con amplitud, Barceló⁸ subraya que si un médico, un abogado o un arquitecto, por citar tres ejemplos de los más característicos, pueden prestar sus servicios por medio de un contrato de trabajo (art. 1.1 ET), no vemos por qué motivo la independencia o autonomía para ejercer la profesión en su aspecto técnico debe ser un obstáculo para aplicar el artículo 1903.IV CC. Lo cierto es que la jurisprudencia del TS no pone reparos en considerar como dependientes *ex* artículo 1903.IV CC, por ejemplo, a los médicos

⁵ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 213-214.

⁶ GITRAMA, «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Dr. D. y Serrano y Serrano*, t. I, Valladolid, 1965, p. 364; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, p. 301.

⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 67; «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de febrero de 1991», *CCJC*, 1991, núm. 26, pp. 397 y 398; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pp. 268 y 269; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 279; BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 214 y 215; Díez SOTO, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, t. IV, Madrid, 2000, p. 697.

⁸ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

del Insalud, lo cual reafirma, sin entrar ahora en el problema de la jurisdicción competente que subyace en este tipo de casos, la posición aquí defendida.

La cuestión ha sido examinada de manera extensa y con notable acierto por Yzquierdo Tolsada en varios estudios.

Yzquierdo Tolsada⁹ considera que hay razones para defender la responsabilidad del empresario en todo caso, aplicando el artículo 1903.IV CC, sin distinción entre las esferas de actividad dependiente e independiente. No siendo la culpa *in vigilando* el auténtico fundamento de la responsabilidad declarada en éste y en los demás párrafos del artículo 1903, poco importa que el daño ocasionado lo haya sido en el desenvolvimiento de una actividad controlable o no controlable. La independencia técnico-profesional se manifiesta, por tanto, a la hora de precluir las injerencias del empresario sobre una actividad plenamente liberal, pero, a efectos de la responsabilidad civil, el artículo 1903.IV debe jugar en todo caso, siendo indiferente el origen del error, la impericia o la negligencia.

Comentando la STS de 22 de febrero de 1991 (RAJ 1587), que parece seguir una línea diferente a la de la sentencia que comentamos, Yzquierdo Tolsada¹⁰ señala que la opción que maneja la sentencia es que el empresario responde por los perjuicios causados por sus dependientes en tanto sean precisamente dependientes, y allí donde lo sean, por lo que en la labor puramente técnica e independiente del trabajador sólo éste responde por hecho propio.

Parece ser ésta la solución que acoge la sentencia, al haber sido el daño consecuencia de una pretendida inobservancia de las obligaciones puramente profesionales. Me parece, no obstante, que no es una solución adecuada, y que además constituye una opción peligrosísima, de adoptarla como regla general, pensando en la dificultad que en ocasiones supondrá distinguir las obligaciones propias de una esfera y las propias de otra (así, no visitar al paciente durante el posoperatorio es obligación controlable por la empresa, pero en caso de hacerlo precipitadamente y sin la atención debida ya es más difícil establecer si se trata más bien de incumplimiento de una obligación propia de la esfera técnica). Por otra parte, decidirse siempre por la responsabilidad de la empresa, aparte de evitar estos problemas prácticos, supone una adecuada interpretación de los textos legales, que no distinguen entre las aludidas esferas de deberes; y va más en consonancia con las actuales orientaciones de la

⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 67.

¹⁰ CCJC, 1991, núm. 26, pp. 397 y 398.

responsabilidad civil. Poco importa que el daño ocasionado lo haya sido en el desenvolvimiento de una actividad controlable. La independencia técnico-profesional se debe manifestar, por tanto, sólo a la hora de precluir las injerencias del empresario sobre una actividad plenamente liberal; pero a efectos de la responsabilidad las reglas generales deben jugar en todo caso, siendo indiferente el origen del error, la impericia o negligencia. Otra cosa serán las pertinentes acciones de regreso de que pueda disponer el empresario contra el empleado una vez satisfecha la indemnización.

Más recientemente, Yzquierdo Tolsada ¹¹ considera en el mismo sentido que no se ciñe la responsabilidad empresarial a los casos en que existe control o dirección técnica, pues los profesionales de la medicina o de la arquitectura también van a ser dependientes a efectos de la norma, por más que su actividad no sea controlable por el empresario: la independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las injerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de la *lex artis*, pero, a los efectos de la responsabilidad, este autor observa atinadamente que no cabe deducir de ello, como hace Gitrama ¹², que el organismo que con el médico contrató los servicios de éste, no puede ser considerado responsable de las faltas cometidas por el mismo en la práctica de su arte, limitando con ello la responsabilidad de ese organismo a los supuestos en que la falta del médico respecto del enfermo deriva de alguna actuación fácilmente controlable por la entidad (régimen de consulta y de visitas, por ejemplo) ¹³.

Una tesis tan restrictiva llevaría a exonerar de responsabilidad cada vez que se trata de empleados con alto nivel técnico y titulaciones académicas (cirujanos, arquitectos, etc.), pues en tales casos el empresario nada tiene que decir sobre cuestiones técnicas. Antes bien, el concepto de dependencia se ha trasladado de la «dirección técnica» a la pertenencia a la «organización económica» de la empresa, esto es, del control a la titularidad empresarial. De no ser así no sería concebible la condena de un hospital por la negligencia de un cirujano. Además, pensemos en las dificultades que en la práctica arrojaría tener que distinguir entre la esfera plenamente controlable por el empresario y la que escapa a tal control.

¹¹ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pp. 279 y 280; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 268 y 269.

¹² GITRAMA, *op. cit.*, p. 364.

¹³ En análogo sentido se pronuncia LLAMAS POMBO (*op. cit.*, p. 301), que afirma que si se mantiene a toda costa la independencia del médico en su actividad técnica no es lógico hacer responder a la clínica, la que nada tiene que ver con tal actividad, de los daños que en el seno de la misma se irroguen.

Aunque Yzquierdo Tolsada ¹⁴ para reforzar su punto de vista se refiere a la STS de 19 de febrero de 1972 (RAJ 287) ¹⁵, que considera un buen ejemplo, tras exponer su tesis, que compartimos plenamente y que en términos semejantes es la acogida por numerosos autores y Tribunales extranjeros ¹⁶, la sentencia que comentamos es la que con mayor claridad, amplitud y fuerza convincente pone de relieve en nuestro Derecho que el hecho de que el empleado contratado desarrolle una labor de alta cualificación técnica (como la que lleva a cabo el piloto instructor, en el caso de la sentencia, y, en general, cualquier profesional liberal, como el médico, el arquitecto o el abogado) no impide que exista una relación de dependencia empresarial a efectos de la aplicación del artículo 1903.IV CC; lo cual es importante para la protección de la víctima, teniendo en cuenta la manera en que nuestra jurisprudencia lo ha interpretado, perfectamente descrita en la sentencia que es objeto de este comentario, y en la de 26 de febrero de 1996, que también comentamos en este Anuario ¹⁷.

Conviene observar, para clarificar la cuestión, que la figura del dependiente de alta cualificación técnica es totalmente diversa de la del denominado en el Derecho anglosajón *independent contrac-*

¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 269, nota 37; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pp. 279 y 280.

¹⁵ YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 269, nota 37; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pp. 279 y 280) observa que prueba de las dificultades que en la práctica arroja tener que distinguir entre la esfera plenamente controlable por el empresario y la que escapa de tal control es la sentencia de 19 de enero de 1972 (RAJ 287): ante el fallecimiento de una parturienta producido por la infección de los restos de placenta que habían quedado sin expulsar, el Tribunal afirma como consecutivas e intolerables negligencias omisivas: el deber de residencia en Tarrasa (habiendo sido ya sancionado disciplinariamente por este incumplimiento) y el hecho de que con laudable celo se le advirtió por su ayudante y subordinado la necesidad imperiosa de un legrado con anestesia (advertencia que fue desatendida). Cosa distinta habría sucedido, probablemente, si la paciente hubiese elegido y contratado libremente los servicios de un ginecólogo que no tenía relación alguna de dependencia laboral ni profesional con el sanatorio.

¹⁶ Concretamente, en el Derecho francés, JOURDAIN («Nota a Crim. 22 de marzo de 1998», *RTDC*, 1988, pp. 774 ss.) señala que algunas sentencias recientes marcan una tendencia de la jurisprudencia al laxismo en la admisión del vínculo de comisión. En lo sucesivo, una cierta independencia en el cumplimiento de una tarea técnica o en la práctica de un arte no es totalmente inconciliable con la relación de comisión.

VINEY y JOURDAIN («Les conditions de la responsabilité», en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de GHESTIN, París, 1998, pp. 865 y 866) observan que los Tribunales admiten que pueden ser considerados como dependientes, para la aplicación del artículo 1384.V CC, no sólo los empleados que no se encuentran situados directamente bajo las órdenes del comitente, sino también las personas que ejercen funciones de dirección en su empresa, así como algunos especialistas en su competencia técnica, de tal manera que eventualmente sus obligaciones deontológicas se sustraen a todo control efectivo en el cumplimiento de su trabajo.

¹⁷ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 903 ss.

tor o del *selbständige Unternehmer* en el Derecho alemán¹⁸, es decir, del contratante independiente, cuya responsabilidad ha analizado con detalle Miquel en su excelente estudio «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente»¹⁹.

Evidentemente, a los contratantes independientes que actúan por cuenta de otro, pero de forma autónoma, como, por ejemplo, el contratista o el transportista, no es aplicable el artículo 1903. IV CC, ya que falta totalmente el requisito de la relación de dependencia.

Hay un buen número de sentencias del TS en las que los demandados responden por el daño causado por un contratante independiente²⁰. Pero habría que forzar el concepto de dependencia, hasta dejarlo desprovisto de sentido, para incluir en el artículo 1903.IV, por ejemplo, a los contratistas. Por otra parte, resultaría bastante extraño acudir a la idea de que el artículo 1903 contiene una enumeración abierta para llegar a la conclusión de que también se responde por el hecho del que actúa con independencia²¹.

Tiene razón Miquel²² cuando observa que el artículo 1903 no tiene por función excluir que allí donde no haya relación de dependencia no pueda existir responsabilidad por el daño causado por otro.

Parece bastante claro que si la responsabilidad por hecho ajeno se basa en algunos casos en una culpa *in eligendo*, podrá existir responsabilidad por el hecho de un contratante independiente, porque es indiferente la independencia a estos efectos.

Como puntualiza Barceló²³, teniendo en cuenta diversas sentencias del BGH, en el Derecho alemán va tomando cuerpo la idea de que el titular de la empresa, que puede crear especiales peligros y al que incumben también especiales deberes de prevención de los mismos, no puede liberarse de responsabilidad o aminorarla a través de contratantes independientes (cfr. Kötz, *Deliktsrecht*. Berlín, 1991, p. 103).

La responsabilidad del empresario por los daños causados por un contratante independiente que actúa por cuenta de aquél se basa no en el artículo 1903, sino en el artículo 1902 CC, como consecuencia

¹⁸ Sobre la responsabilidad por un contratante independiente en el Derecho inglés y en el Derecho alemán, BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 125 ss. y 142 ss.

¹⁹ Publicado en este Anuario, 1983, pp. 1501 ss.

²⁰ Amplia información jurisprudencial por MIQUEL, *op. cit.*, p. 1504.

²¹ MIQUEL, *op. cit.*, p. 1505.

²² MIQUEL, *op. cit.*, p. 1507.

²³ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 143.

de haber incurrido en culpa *in vigilando*, la cual se presume de acuerdo con nuestra jurisprudencia en torno al artículo 1902 CC²⁴.

La circunstancia de que el empleado contratado desarrolle una actividad de alta cualificación técnica, como la que realiza el piloto instructor en el caso de la sentencia que comentamos y, en general, cualquier profesional liberal, no impide, como vimos, que exista una relación de dependencia a efectos de la aplicación del artículo 1903.IV CC, y, por tanto, no estamos ante el citado supuesto de responsabilidad extracontractual por los daños causados por un contratante independiente.

Hay que observar también que nuestra jurisprudencia, tanto civil como penal, entiende en sentido amplio la noción de dependencia, que significa cada día más actuación en beneficio o con el beneplácito del empresario. La evolución hacia el entendimiento de la relación de dependencia en este sentido es especialmente evidente en la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS en torno al antiguo artículo 22 CP (en la actualidad, el artículo 120 del nuevo CP, aprobado por la LO de 23 de noviembre de 1995)²⁵.

Esta doctrina jurisprudencial no es ajena a la imperante en el panorama del Derecho comparado, siendo significativo que en el Derecho francés, como observan Viney y Jourdain²⁶, todas las decisiones de los Tribunales revelan que el elemento esencial para definir la relación de comisión (dependencia) no es hoy en día la subordinación, sino más bien el hecho de actuar por cuenta del comitente (empresario) y en su beneficio.

No obstante, Sierra²⁷ tiene razón cuando, al referirse a los indicios que, según nuestra jurisprudencia, examinada exhaustivamente por esta autora, ponen de manifiesto la relación de dependencia²⁸, observa que la obtención de beneficio, aunque de él se hable prácticamente en todas las sentencias de responsabilidad del empresario, es un indicio totalmente incierto, que no se emplea de forma aislada y del cual, pensamos, que sería mejor olvidarse. No consideramos que el beneficio tenga ninguna entidad real.

²⁴ Una solución análoga se defiende en el Derecho alemán, aplicándose el § 823 en lugar del § 831 BGB (cfr. KÖTZ, *Deliktsrecht*, Berlín, 1991, p. 103).

²⁵ Exhaustiva información jurisprudencial por BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 215 ss.; SIERRA, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997, pp. 155 ss.; ZELAYA, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Navarra, 1995, pp. 291 ss.; DE ÁNGEL, *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2013 ss.; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, con la colaboración de LATORRE ARMERO, Valencia, 2000, p. 103.

²⁶ VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, p. 866.

²⁷ SIERRA, *op. cit.*, p. 195. También DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 693 y nota 100.

²⁸ SIERRA, *op. cit.*, pp. 166 ss.

A nuestro juicio, la protección de la víctima, que se ve facilitada extraordinariamente por la aplicación del artículo 1903.IV CC, es la que, en última instancia, justifica, no la disolución del vínculo de dependencia, que es exigido legalmente, pero sí, al menos, el entendimiento de la noción de dependencia en el sentido más amplio posible, lo cual es permitido por una interpretación teleológica y en consonancia con la realidad social (art. 3.1 CC).

Nos parece evidente que concebir la relación de dependencia en sentido amplio, entendiéndola, en línea con la doctrina de la Sala 2.^a del TS, fundamentalmente, como actuación que cuente con la autorización, beneplácito o voluntad anuente del empresario, implica una dirección jurisprudencial perfectamente defendible, que se adecua a las nuevas ideas, que hacen responsable al titular de la organización por todos los daños a terceros que sean reconducibles a la actividad desarrollada en el seno de la empresa²⁹. La dependencia no es preciso circunscribirla exclusivamente al sometimiento a las órdenes del principal (subordinación), sino que, atendiendo a una interpretación finalista, acorde con la realidad social (art. 3.1 CC), tanto del artículo 1903.IV CC como del artículo 120.4.º CP, cabe entender la relación de dependencia de la manera descrita³⁰.

A nuestro juicio, el concepto de dependencia es un concepto jurídico en buena medida indeterminado. Incluso en el marco del Derecho del trabajo, como destaca Barceló³¹, la dependencia no es un concepto fácil de elaborar. Existen diversas acepciones que permiten hablar de una dependencia social, económica, técnica y jurídica y, además, presenta, como otros muchos conceptos jurídicos, un cierto carácter indeterminado. A este respecto, Rodríguez Piñero³² señala que no es, así, concepto valorable rígidamente, ya que no es un concepto firme e inconvencible, sino que tiene un cierto carácter indeterminado. En la vida jurídica esto sucede con muchos conceptos e incluso con muchas figuras contractuales, y es inevitable.

Si esto es así, no parece que existan obstáculos insalvables para entender la relación de dependencia de una manera amplia y flexi-

²⁹ No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, p. 211) considera que estas nuevas ideas sólo se pueden tener muy en cuenta desde el punto de vista de *lege ferenda*, ya que no parecen tener cabida en los estrechos moldes del artículo 1903.IV CC, anclado en una visión individualista y que optó, en su momento, por exigir responsabilidad sólo por aquellos autores materiales situados en posición de subordinación o dependencia.

³⁰ Ya expusimos como ALONSO OLEA alude a la debilitación de la dependencia en el contrato de trabajo y a la crisis de la noción de subordinación. Ver nota 4.

³¹ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 212.

³² RODRÍGUEZ PIÑERO, «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo», en *Revista de Política Social*, 1966, p. 160.

ble, acorde con la realidad social del tiempo en que vivimos, es decir, en consonancia con las nuevas ideas, a las que aludimos con anterioridad, lo cual es exigido por el artículo 3.1 CC (puede sorprender al lector que insistamos tanto en que ha de aplicarse esta norma, pero esto es debido a que este criterio interpretativo es especialmente importante en cuestiones como las que tratamos). Además, creemos que el propio texto del artículo 1903.IV CC permite, sin duda, diversas interpretaciones, unas más estrictas y otras más amplias o flexibles, como se advierte en la doctrina y la jurisprudencia, y muy especialmente a la hora de determinar el significado de la relación de dependencia, presupuesto legal de aplicación de dicho precepto.

Sin embargo, compartimos la dura crítica de Barceló³³ a la doctrina de la Sala 2.ª del TS, en el sentido de que implica una dirección jurisprudencial incomprensible, calificable, sin duda, de interpretación *contra legem*, en relación con aquellas sentencias que, incluso de forma abierta, prescinden de la dependencia, al recoger la expresión «con dependencia o sin ella» (SSTS de 13 de abril de 1981, RAJ 1637; 26 de enero de 1984, RAJ 412; 18 de octubre de 1984, RAJ 4858; 16 de diciembre de 1992, RAJ 10298). Una cosa es entender en sentido amplio la relación de dependencia y otra, muy distinta, propugnar la disolución del vínculo de dependencia, lo cual choca frontalmente con la ley, y, por tanto, no es admisible.

En esta línea tiene razón Barceló y la generalidad de la doctrina³⁴ al criticar la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS cuando ha permitido, de acuerdo con el derogado artículo 22 CP, hacer responsable a quien presta gratuitamente un vehículo de motor por los daños causados por el conductor³⁵. El afán por encontrar una persona que afronte la indemnización ha sido, a buen seguro, la razón que ha impulsado a nuestros Tribunales penales a aplicar el artículo 22 CP a situaciones en que no existe realmente dependencia, ni siquiera si esta noción es interpretada con la mayor amplitud.

Por este motivo Yzquierdo Tolsada³⁶ subraya que el apartado 5.º del artículo 120 del nuevo CP constituye una importantísima novedad, que ya se recogía en el Proyecto de 1992 (art. 121. 6.º). No sólo se consagra la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares

³³ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 218-219.

³⁴ BARCELÓ, *op. cit.*, 247; «La reparación de los daños derivados del préstamo de vehículos. Perspectivas de una reforma», en *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, 1993, núm. 8, p. 268; ZELAYA, *op. cit.*, p. 372; SIERRA, *op. cit.*, p. 231.

³⁵ Exhaustiva información jurisprudencial por BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 247 ss.; «La reparación de los daños derivados del préstamo de vehículos. Perspectivas de una reforma», *cit.*, pp. 270 ss.; ZELAYA, *op. cit.*, pp. 378 ss.; SIERRA, *op. cit.*, pp. 240 ss.

³⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal, cit.*, p. 290.

de vehículos por los delitos cometidos por sus dependientes o representantes, sino también por los que cometan cualesquiera personas autorizadas por ellos. Con la aprobación de una norma como ésta se ha acabado de una vez por todas con la tradicional hipocresía que venía consistiendo en hallar un concepto tan elástico del término dependencia que permitía hacer responsable a quien prestaba gratuitamente un vehículo de motor por los daños causados por el conductor, es decir, por persona que no guardaba dependencia alguna con su dueño.

Refiriéndose al artículo 120.6.º del Proyecto de 1994, cuyo texto es similar al del artículo 120.5.º CP, Barceló³⁷ subraya que el inconveniente básico de la falta de dependencia que existe entre quien cede el vehículo y quien causa directamente el daño³⁸, es motivo más que suficiente para que se introduzca, en nuestras leyes, una norma que aborde la cuestión de la responsabilidad que deriva de los daños causados en el préstamo amistoso de vehículos.

La inclusión de esta norma es muy acertada, y viene a confirmar que el artículo 22 CP no era una solución adecuada para los problemas de responsabilidad civil que derivan del uso de automóviles por personas autorizadas. En la nueva norma se incluyen tanto los supuestos de cesión gratuita como de alquiler de vehículo y se recoge la conducción de vehículos por dependientes, todo lo cual evitará el recurso al artículo 120. 4.º CP.

³⁷ BARCELÓ, «La reparación de los daños derivados del préstamo de vehículos. Perspectivas de una reforma», *cit.*, pp. 276 ss.

³⁸ En este sentido, DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 680-681), que destaca que recurriendo al derogado artículo 22 CP se ha llegado en muchos casos a una evidente desfiguración de los presupuestos exigidos por la norma, especialmente en lo relativo a la relación de dependencia entre el autor material del daño y la persona llamada a responder subsidiariamente o, simplemente, a un total desconocimiento de los mismos. Con lo que, en definitiva, el artículo 22 ha terminado por ser aplicado en supuestos para los que no estaba pensado; así, en materia de daños derivados de la utilización de un vehículo de motor, se ha condenado como responsable civil subsidiario al titular del mismo en supuestos de préstamo amistoso o familiar, de arrendamiento de vehículo sin conductor o, incluso, de depósito de vehículo en un taller para su reparación.

DÍEZ SOTO (*op. cit.*, p. 658) observa que la más correcta delimitación que, desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación, supone el nuevo artículo 120.4.º CP frente a la amplísima interpretación que se venía haciendo del antiguo artículo 22 CP puede ayudar a reconducir en cierta medida el juego de los criterios propios de la responsabilidad vicaria a su esfera natural de actuación: la de la actividad empresarial. De este modo podrá superarse la grave distorsión que suponía la aplicación de ese mismo modelo, tal como aparecía configurado en el artículo 22, a supuestos mucho menos adaptables al mismo, como el de los maestros o el de los vehículos de motor, en los que pierde en gran parte su sentido el recurso a las ideas de obtención de un beneficio y creación de un riesgo como fundamento de la responsabilidad por hecho de un tercero, a menos que se fuerce de un modo absolutamente irrazonable el significado propio de tales conceptos. Ambas ideas han sido manejadas constantemente por la jurisprudencia penal.

Pero, repetimos, nuestro TS no lleva a cabo una disolución del vínculo de dependencia cuando el agente actúa con la anuencia o el beneplácito del empresario. Por ello compartimos plenamente el punto de vista de Roca Trías³⁹, con la que coincidimos en casi todo a la hora de interpretar el artículo 1903.IV CC. Como afirma esta excelente jurista, muy sensible a los problemas que plantea la realidad social, para que se produzca la responsabilidad del empresario se requiere que exista una relación de dependencia entre empresario y el causante del daño. Aunque ello no significa que la relación deba tener un carácter jurídico definido y así entiende que existe esta relación cuando el agente realiza cualquier trabajo, función o tarea, siempre que cuente con la autorización, beneplácito o voluntad del principal. Dependencia significa, en definitiva, obrar por cuenta de otro, aunque se haya abierto el concepto y signifique cada día más la actuación con beneplácito del empresario.

Con acierto, esta autora no alude, como indicio de la relación de dependencia, al beneficio empresarial, coincidiendo en este aspecto, sin decirlo expresamente, con Sierra, que, según expusimos anteriormente, considera este indicio totalmente incierto. No obstante, hay que subrayar que en pocas sentencias este indicio se emplea de forma aislada. Como observa Sierra⁴⁰, son escasas las sentencias en que la dependencia se aprecia exclusivamente de acuerdo con este indicio, citando tan sólo las de 5 de diciembre de 1989, de la Sala 2.^a (RAJ 9439), y 11 de octubre de 1990, de la Sala 1.^a (RAJ 7861).

A nuestro juicio, el artículo 120.4.º del nuevo CP confirma la posibilidad de entender de una manera amplia o flexible la relación de dependencia, especialmente por la expresa mención de los «representantes o gestores», como alternativa a los «empleados o dependientes»⁴¹. Se plantea incluso la cuestión de si la modificación introducida implica la sustitución del criterio de la dependencia por el de la simple titularidad del interés gestionado. De esta manera cabría la posibilidad de hacer responsable al titular del interés gestionado por la vía del artículo 120.4.º CP, aun en aquellos casos en que el representante o gestor sea un contratante independiente, no subordinado jerárquicamente a aquél. Sin embargo, Díez Soto⁴² considera que más bien se ha producido una clarificación respecto al sentido que ha de darse al concepto de dependencia a efectos del propio precepto. La dependencia no podrá entenderse

³⁹ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 104.

⁴⁰ SIERRA, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁴¹ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 695-696.

⁴² DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 695-696.

en un sentido puramente jerárquico, sino también como sumisión a las instrucciones eventualmente dictadas por el *dominus negotii*; de ahí que, en general, deba descartarse la aplicación en supuestos en los que no se dé esta última circunstancia, como serían, por ejemplo, los casos de representación legal o de gestión oficiosa.

La tesis expuesta, que ciertamente implica un ensanchamiento del vínculo de dependencia, aunque no su desaparición, presupone, para su adecuada justificación, que la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes pertenece al terreno de la responsabilidad por riesgo, como hemos defendido en el citado comentario a la STS de 29 de marzo de 1996 en este Anuario y como afirma la sentencia que comentamos, en línea con una constante doctrina jurisprudencial, a la que nos referimos más adelante.

Con notable acierto, Sierra⁴³ destaca la enorme importancia que para establecer el significado de la dependencia tiene que se adopte una concepción subjetiva u objetiva de la responsabilidad del empresario.

Para aquellos que proclaman una concepción subjetiva de la responsabilidad del empresario, basada en una culpa, ya sea *in eligendo* o *in vigilando*, el poder de dirección del mismo se especificará al máximo. Comenzará por una libertad en la elección del empleado, cuya misión a desempeñar se fijará por el empresario, estableciendo el cómo, cuándo y con qué medios ha de llevarse a cabo y vigilando, mientras sea posible, su ejecución. Si la libertad del empresario se ve mermada para el desarrollo de estas facultades que se considera que le pertenecen, habrá que suponer que no existe la relación de dependencia y, por tanto, no nacerá para él la responsabilidad por la actuación dañosa de su empleado, ya que ésta no se deberá a su culpa, pues no puede incurrir en culpa *in eligendo* quien no sólo no puede vigilar la ejecución de las órdenes por él dadas, sino ni siquiera decir cómo deberán ejecutarse tales órdenes.

Frente a la concepción subjetiva expuesta, se propugna hoy en día por algunos autores una concepción más objetiva, que incide en el propio significado de la relación de dependencia.

Se habla hoy de que el empresario responde de la actuación de quien introdujo en la actividad empresarial, con lo que la relación entre empresario y empleado basada en la elección y en la vigilancia pasa a considerarse ahora, bajo una concepción más objetiva, desde la perspectiva de la propia actuación del agente; se tiene en

⁴³ SIERRA, *op. cit.*, pp. 150 ss.

cuenta la dependencia económica y social o el aprovechamiento de la actividad ajena.

Como tantas veces se ha dicho, la estructura empresarial ha variado considerablemente desde la redacción de los Códigos de la mayoría de los países, entre ellos el nuestro, y las empresas actuales tienen una organización en cierto modo inversa a la de entonces. Si en las empresas artesanales los empleados aprendían la técnica a aplicar precisamente de su patrono, hoy el empresario es normal que contrate a personal especializado, precisamente para que realice aquellos cometidos que, siendo necesarios en la actividad empresarial que desarrolla, exceden de sus conocimientos, ya que precisan una especial preparación. Incluso en ocasiones y precisamente por el proceso de evolución que el mundo empresarial continúa experimentando, la contratación puede llevarse a cabo no con una persona física, sino con otra empresa que posee la especialización necesaria para llevar a cabo esa singular función.

Como señala Sierra⁴⁴, no aparece en estos supuestos la subordinación como un poder de dar órdenes e instrucciones, al menos en el sentido en que antes se entendían, pero el aprovechamiento de la actividad ajena o esa dependencia económica o social y también, sin duda, un cierto poder de vigilancia que el titular tendrá sobre quienes son llamados e introducidos por él en su actividad empresarial pondrán de manifiesto una relación de dependencia.

La interpretación que defendemos sobre la relación de dependencia, que implica entenderla en el sentido más amplio posible, en consonancia con la objetivación de la responsabilidad del empresario *ex artículo 1903.IV CC*, pero sin determinar la disolución del vínculo de dependencia, es la que mejor armoniza, como dijimos, con la moderna tendencia que trata de hacer responsable al titular de la organización empresarial por todos los daños a terceros que sean reconducibles a la actividad desarrollada en el seno de la empresa.

En esta línea, al analizar con rigor y acierto la evolución de la relación de dependencia en el marco de la responsabilidad vicaria, Zelaya⁴⁵ pone de relieve cómo la moderna interpretación del vínculo de dependencia (dirección y control potencial) ha hecho posible –según Eörsi– extender mucho el ámbito protector de la responsabilidad por los dependientes, removiendo de su centro y fun-

⁴⁴ SIERRA, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁵ ZELAYA, *op. cit.*, pp. 301 ss. y 417 ss.

damentación la intención subjetiva o la culpa del empleador, reemplazándola por la idea de riesgo de empresa (ya hemos expuesto, de acuerdo con Sierra, la enorme importancia que para establecer el significado de la dependencia tiene que se adopte una concepción subjetiva u objetiva de la responsabilidad del empresario). Con ello se ha pasado desde la dependencia estricta a una dependencia funcional, donde lo importante no es ya el recibir o no instrucciones precisas respecto del modo y forma de realizar el encargo, sino la pertenencia a una organización unitaria; ahora adquiere relevancia jurídica el hecho de si el empresario o principal conserva una autoridad final o global sobre la actividad del agente directo del daño.

La dependencia funcional se caracteriza esencialmente por la actuación en interés y por cuenta del empresario, es decir, por el carácter ajeno del interés gestionado. El empresario será civilmente responsable frente a la víctima toda vez que el agente directo del daño no actúa en la gestión exclusiva de su propio negocio, sino que, en el fondo, gestiona el negocio y actúa en interés del patrimonio del empresario principal.

Recientemente, la Sala 1.^a de nuestro TS, en sentencias de 24 de marzo de 2001 (RAJ 3986) y 19 de junio de 2001 (RAJ 4974), tiene en cuenta el criterio de la dependencia funcional, en línea con lo anteriormente expuesto. En concreto afirma la de 19 de junio de 2001, para justificar la aplicación del artículo 1903.IV CC, que cuando las deficiencias de los servicios que se compromete a prestar la entidad (en el caso de la sentencia, una entidad sanitaria) se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y médicos concertados o contratados por aquélla a efectos de la realización de dichos servicios existe presumida por la ley la relación de dependencia a que aquel precepto se refiere, aunque la relación no se formule como dependencia laboral, puesto que basta con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos para que se produzcan los supuestos normativos de responsabilidad directa y objetiva, lo que no excluye, a efectos internos, que la entidad demandada aseguradora pueda reclamar, dentro de su esquema sanitario, de quien o quienes produjeran los concretos perjuicios.

La de 24 de marzo de 2001 afirma también la existencia de una relación de dependencia funcional. Aunque no se trate de efectiva dependencia laboral, la afirmación de carácter colaborador del especialista permite la aplicación del artículo 1903 CC (sentencia de 8 de abril de 1996).

Para evidenciar al amplitud con que nuestro TS entiende la relación de dependencia, también es importante poner de relieve cómo

el mismo configura la relación de dependencia cuando el dependiente es una empresa. En la Sentencia de 27 de mayo de 2002 (RAJ 7137) afirma que en relaciones entre empresas como las habidas en este caso sólo se exige que aquella que haya encargado a otro la realización de determinados trabajos mantenga *alguna* vigilancia o injerencia en el desarrollo de éstos (Sentencias de 4 de mayo de 1982, 26 de junio de 1984 y 4 de abril de 1997).

IV. LA CULPA DEL DEPENDIENTE. EL PROBLEMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En el motivo sexto del recurso se aduce que la sentencia recurrida ha calificado indebidamente de culposa la conducta del piloto del avión siniestrado para de ello derivar incorrectamente la responsabilidad de la recurrente.

En el enunciado del séptimo se afirma que la sentencia recurrida establece indebidamente una presunción de culpa en «Aero Madrid, S. A.», por supuesta actuación culposa del piloto, causante del daño, cuando dicha culpa no concurría en el mismo.

En el desarrollo de los motivos se parte de la base de que para declarar la responsabilidad *ex* artículo 1903.IV CC es precisa la existencia de culpa del agente dependiente (se citan las sentencias de 25 de octubre de 1980, 27 de enero de 1983, 9 de enero de 1984, 7 de noviembre de 1985, 15 de julio de 1993, 13 de octubre de 1995 y 11 de marzo de 1996). Se añade que para exigir la responsabilidad por hecho ajeno es necesario acreditar la específica culpa del agente. Y se concluye que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial que cita, para declarar la culpa de éste debe concurrir la previsibilidad. Con base en dichas apreciaciones se sostiene que no hay culpa del piloto instructor, por lo que debe decaer la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa.

El TS coincide con la recurrente y la sentencia recurrida en que es precisa la culpa del dependiente (en nuestro caso, el piloto instructor) para que pueda aplicarse el artículo 1903.IV CC. Sin embargo, a diferencia de la recurrente, que considera que la sentencia recurrida ha calificado indebidamente de culposa la conducta del piloto del avión siniestrado, y de acuerdo con la sentencia recurrida, sostiene que ha quedado acreditada la conducta culpable del piloto instructor.

La sentencia recurrida, confirmada por el TS, sostiene que la cuestión se reduce a determinar si el piloto instructor fue el causan-

te culposo del accidente. Y de la prueba practicada, valorada en su conjunto, se desprende una respuesta afirmativa.

El TS considera, además, que en situaciones como las de autos es adecuado facilitar la prueba de la conducta culpable del dependiente, que, como sabemos, es un piloto instructor, que desarrolla una labor de alta cualificación técnica; lo cual no sólo tiene importancia para perfilar el significado de la relación de dependencia, sino también respecto a la prueba de la culpa de aquél. Por ello entiende el TS que hay que mantener un criterio de menor exigencia probatoria, menor rigor en la dosis de prueba precisa (coeficiente de elasticidad), pudiendo tomarse en consideración perspectivas de verosimilitud, mayor probabilidad cualificada e incluso cabe desplazar a quien tiene más facilidad para probar lo acontecido, las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, debiendo contemplarse esta posibilidad sólo como una regla especial a considerar según las circunstancias concretas de cada caso.

Hay que tener en cuenta que exigir a los que accionan una completa aportación probatoria para explicar totalmente el cómo y el porqué de lo acontecido, supondría colocarlos las más de las veces en situaciones de gran dificultad o imposibilidad (*probatio diabolica*), y ello tanto más si se tiene en cuenta que el entorno del agente acumula el total control de la esfera de actividad desplegada, y de la información sobre su desarrollo, a la que por cierto debe atender con el mayor celo y máximas posibilidades mientras la misma tiene lugar.

Estas consideraciones explican que el TS considere especialmente plausible el esfuerzo de la sentencia recurrida para explicar la culpabilidad del piloto (imputación subjetiva), y, en cambio, la parte demandada aquí recurrente («Aero Madrid, S. A.») no ha justificado el haberse producido el evento (el accidente aéreo) por caso fortuito o fuerza mayor, o culpa exclusiva de la víctima o de tercero, sin que en modo alguno quepa admitir que la parte actora reconoce en la demanda la falta de culpabilidad del piloto instructor.

La mayoría de los autores y la jurisprudencia de manera reiterada consideran que es imprescindible para que pueda aplicarse el artículo 1903.IV CC la culpa del dependiente⁴⁶. Este presupuesto

⁴⁶ Ni siquiera cabe plantear la cuestión cuando se trata de la responsabilidad prevista en el artículo 120.4.º CP, ya que la culpa del dependiente o gestor es inexcusable para que el empresario responda. Hay que tener en cuenta que éste sólo responde cuando los daños sean consecuencia de un delito o falta cometido por el dependiente o gestor, que además resulta insolvente para hacer frente a la responsabilidad civil. No bastan así las abstractas faltas de servicios ni culpas más o menos anónimas, precisándose una inicial imputación criminal a título de dolo o culpa (art. 10 CP) (YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 267; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 276). Como observa Díez Soto (*op. cit.*, p. 687), la declaración judicial acer-

de aplicación del citado precepto es reconocido por la sentencia que comentamos, así como por la sentencia recurrida y también por la empresa recurrente, radicando el problema en determinar si la conducta del piloto instructor fue culposa o no lo fue, puesto que de esto dependía que la empresa recurrente respondiera o no de acuerdo con el artículo 1903.IV CC.

Nuestra doctrina, de forma mayoritaria, y nuestra jurisprudencia, de manera reiterada⁴⁷, afirman, con una argumentación difícilmente rebatible, que la responsabilidad directa del empresario⁴⁸ exige como presupuesto la culpa *in operando* del dependiente, lo cual es coherente con la lógica de los artículos 1902 y 1903 CC (responsabilidad por hecho ajeno).

La Sala 1.^a del TS y la doctrina dominante se apoyan, sobre todo, en el argumento del enlace directo, legalmente reconocido, entre el artículo 1903.I CC (« la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder») y el artículo 1902 CC.

En este sentido es muy elocuente la STS de la Sala 1.^a de 3 de octubre de 1961 (RAJ 3276) al afirmar, de manera extraordinariamente convincente, que no obstante el matiz en cierto modo objetivista que la jurisprudencia de esta Sala viene imponiendo a la responsabilidad exigible al empresario al amparo del artículo 1903 CC en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por aquél para desvirtuar su presunción de culpabilidad derivada de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* no puede desconocerse que el referido artículo tiene un enlace directo con el precedente,

ca de la comisión de un hecho punible por parte del dependiente, presupuesto inexcusable para la aplicación del artículo 120.IV CP, deja resuelta, a propósito de este precepto, una de las cuestiones que han preocupado tradicionalmente a la doctrina y la jurisprudencia en relación con el artículo 1903.IV CC, como es la relativa a la necesidad de que medie culpa *in operando* del dependiente para que se pueda exigir la responsabilidad del empresario con base en el precepto últimamente citado.

⁴⁷ Exhaustiva información doctrinal y jurisprudencial por BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 302 ss.; ROCA TRÍAS, «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código civil», *ADC*, 1998, pp. 20 ss.; *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 104; CABANILLAS, *op. cit.*, p. 908; ZELAYA, *op. cit.*, pp. 591 ss.; SIERRA, *op. cit.*, pp. 133 y 135 y nota 122; MORENO QUESADA, «La responsabilidad por hecho de otro en el accidente de tráfico», en *II Jornadas Nacionales de Derecho de Tráfico*, Granada, 1986, pp. 27 y 28; RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, p. 30; DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Bilbao, 1993, p. 368; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 148; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 277; *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pp. 80 y 81.

⁴⁸ La responsabilidad directa del empresario es afirmada de manera constante por la doctrina y la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS, con sólida argumentación, como hemos puesto de relieve el comentario a la STS de 29 de marzo de 1996 (CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 903 ss.). También GÓMEZ CALLE, en Reglero, *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, 2002, pp. 428 y 429, con amplia información doctrinal y jurisprudencial.

del que viene a ser una prolongación o extensión, desprediéndose así de su enunciado al decir que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder», las que enumera en párrafos sucesivos, pero en las que, en principio al menos, ha de ser atribuible un acto u omisión culposo o negligente, porque de lo contrario se sancionaría con una responsabilidad el mero hecho de la dependencia, sin imputación culposa o negligente alguna originaria causante del acto determinante de la obligación de reparación impuesta por el artículo 1902 del citado Cuerpo legal y aunque la responsabilidad de los empresarios en el supuesto que nos ocupa sea directa y no subsidiaria... presupone siempre la existencia de la acción u omisión culposa en el agente causante del daño generador de responsabilidad civil, que define el repetido artículo 1902 CC.

Muy recientemente, la STS de la Sala 1.^a de 24 de junio de 2000 (RAJ 5304), posterior a la que comentamos, subraya en esta dirección que según la jurisprudencia de esta Sala tal atribución de responsabilidad resulta plausible, pues hubo una conducta culposa evidente de los autores materiales del daño, una clara culpa *in operando*, suficiente para imponer al amparo del artículo 1903, número cuarto, del Código civil y constante jurisprudencia de esta Sala, la codigna responsabilidad civil por culpa *in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública, ya sea privada, de quienes aquellos causantes materiales del daño dependían.

Ya se funde en la intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por la infracción del deber de cuidado reprochable al titular de la empresa en la selección del dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, bien se prescinda de tales presunciones y se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario, ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado, como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo primero del propio artículo 1903 (STS de 7 de noviembre de 1985). En similares términos las sentencias del TS de 20 de diciembre de 1996, 13 de octubre de 1995 y 31 de octubre de 1985.

A pesar de la fuerza convincente de los argumentos esgrimidos por las sentencias transcritas, algunos autores propugnan la responsabilidad del empresario con independencia de la culpa del dependiente, autor material del daño.

Recientemente Gómez Calle⁴⁹, señala que la responsabilidad *ex artículo 1903 CC* no presupone la responsabilidad del agente material del daño con base en el artículo 1902 CC, ni, por tanto, que hubiera culpa de su parte, a pesar de que el TS así lo ha entendido y reiterado, sobre todo a propósito de la responsabilidad del empresario conforme al artículo 1903.IV CC.

Los principales argumentos que esgrime Cavanillas Múgica⁵⁰ para justificar esta tesis, que tiene escaso apoyo jurisprudencial⁵¹, radican en que el artículo 1903.IV CC no menciona expresamente la necesidad de que la actuación del dependiente sea culposa y el que deba bastar la culpa del empresario si, como se deduce del artículo 1903.IV CC, su responsabilidad es subjetiva.

En este sentido se pronuncia también Barceló⁵², que se refiere a estos argumentos y a otros, como el texto del artículo 1904 CC, el requisito de la culpa del agente material no tiene carácter general en el artículo 1903 CC, la práctica jurisprudencial y la experiencia del Derecho alemán en torno al § 831 BGB, señalando además que aunque la jurisprudencia pueda seguir aferrada a la exigencia de culpa del empleado, más allá de estas declaraciones formales, la imposición de responsabilidad al empresario cuando el dependiente no es identificado marca, sin duda, el inicio de una evolución en la interpretación de este presupuesto que, con toda probabilidad, terminará por prescindir de la culpa del dependiente.

En relación con la posible evolución de la jurisprudencia, por el hecho de que se imponga responsabilidad al empresario cuando el dependiente no es identificado, es problemático inferir que la jurisprudencia vaya a prescindir en todo caso de la culpa del dependiente, máxime cuando éste sea identificado. En realidad, como observa atinadamente Yzquierdo Tolsada⁵³, en este caso hace falta una clarificación legislativa, ya que los binomios «responsabilidad vicaria / culpa *in operando*» y «responsabilidad por culpa / no necesidad de culpa *in operando*» supone dejar sin solución el caso, nada infrecuente, de daño que se ha causado en la actividad empresarial sin

⁴⁹ GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 429.

⁵⁰ CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Navarra, 1987, pp. 92 ss.

⁵¹ No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 309-310) señala que la STS de la Sala 1.ª de 16 de junio de 183 (RAJ 3630) se aproxima a esta posición. YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 268) cita también las sentencias del TS de la Sala 1.ª de 25 de octubre de 1980 (RAJ 3638) y 16 de marzo de 1982 (RAJ 1380), en las que se estableció la responsabilidad de la empresa no obstante la total ausencia de culpa del trabajador.

⁵² BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 305 ss.

⁵³ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos problemáticos del nuevo Código penal*, cit., pp. 277 y 278; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 267.

que sea posible identificar al autor material del mismo, y hasta de los supuestos de daños causados por personas incapaces de culpa, que llevan a cabo labores diversas a pesar de su discapacidad (lo cual es incluso promovido por los propios ordenamientos constitucionales, en aras de la integración social de estas personas).

La tendencia de la jurisprudencia va a ir, como se desprende de la sentencia que comentamos, por la facilitación de la carga de la prueba de la culpa del dependiente, fundamentalmente cuando dicha prueba es especialmente complicada, que por la desaparición de que concurra dicha culpa, que se deduce, como entiende nuestra jurisprudencia y casi todos los autores, de los artículos 1902 y 1903.I CC, expresamente relacionados por la ley, e incluso del artículo 1904 CC al reconocer la responsabilidad del dependiente, frente al que puede repetir el empresario. Dicha responsabilidad sólo puede basarse en el artículo 1902 CC. Exclusivamente de *lege ferenda* cabe excluir la necesidad de tener que probar la culpa del dependiente, y en este aspecto, tiene sentido, a nuestro juicio, la invocación que hace Barceló⁵⁴ al § 831 BGB, que no exige la culpa del empleado, y la interpretación que de este precepto lleva a cabo Von Caemmerer⁵⁵.

Los principales argumentos invocados para justificar que no es precisa la culpa del dependiente para que el empresario responda *ex* artículo 1903.IV CC pueden ser rebatidos, si se tiene en cuenta que, si bien el artículo 1903.IV CC no menciona expresamente la necesidad de que la actuación del dependiente sea culposa, esto se debe, sin duda, a que no es preciso debido a la redacción del párrafo primero del artículo 1903, de carácter general, aplicable a todos los supuestos previstos en el mismo, relativos a la responsabilidad por hecho ajeno, que implica, como afirma la citada STS de 3 de octubre de 1961, un enlace directo de este precepto con el artículo 1902 CC.

Aunque la responsabilidad del empresario se fundamente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, lo cual es muy cuestionable, como veremos, no parece que por tal motivo haya que excluir la necesidad de la conducta culpable del dependiente, autor directo del daño al tercero, de acuerdo con la norma general del artículo 1902 CC. En realidad, que la responsabilidad del empresario se fundamente en la culpa o el riesgo no tiene por qué incidir en la aplicación o no del criterio de la culpa al dependiente, ya que éste responde según el artículo 1902 CC; lo cual viene justificado por el artículo 1904 CC,

⁵⁴ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 308-309.

⁵⁵ VON CAEMMERER, «Wandlungen des Deliktsrechts», en *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, II, Karlsruhe, 1960, p. 120.

que establece un derecho de repetición del empresario contra el dependiente, que sólo puede responder frente a terceros en virtud del artículo 1902 CC.

En este sentido es muy elocuente la citada STS de 24 de junio de 2000, al destacar que ya se funde la responsabilidad del empresario en la intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando* o se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario, ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado, como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo primero del propio artículo 1903 CC.

En cambio, Yzquierdo Tolsada⁵⁶ considera que es fundamental para determinar si es precisa una inicial declaración de culpa *in operando* del dependiente tener claro cuál es el fundamento de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes.

En este mismo sentido Zelaya⁵⁷ afirma que la pregunta de si hace falta culpa *in operando* del dependiente nos lleva directamente al problema relativo a la naturaleza de la responsabilidad del empresario por los hechos o actos del dependiente.

Si fuese formalmente cierto que se trata de un régimen de responsabilidad vicaria, no cabe duda de que la inicial declaración de culpa *in operando* del trabajador ha de ser exigida para que se pueda comprometer al empleador. Pero si la Sala 1.^a del TS insiste una y otra vez en que la del empresario es una responsabilidad no vicaria, sino por culpa presunta, es obligado sorprenderse, como hace Cavanillas Múgica⁵⁸, de que la jurisprudencia civil exija este requisito, pues si la responsabilidad del empresario se debe a su propia culpa, con ésta ha de valer. Que se exija en la jurisprudencia de Italia o de Francia no ha de sorprender —dice—, dado que se trata de sistemas de responsabilidad vicaria, con presunción *iuris et de iure*. Pero que lo exija nuestro TS acaso no es más que un velado reconocimiento de que la responsabilidad del empresario es siempre vicaria y objetiva. En fin, o el empresario responde «porque es empresario», objetiva y automáticamente, en cuyo caso la exigencia de culpa *in operando* del trabajador es completamente coherente (y la vía de regreso del art. 1904 también), o responde por culpa presunta, *in eligendo* vel *in vigilando*, pero entonces no cabe enten-

⁵⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 267; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 277.

⁵⁷ ZELAYA., *op. cit.*, pp. 553 ss.

⁵⁸ CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 92.

der la inicial declaración de culpa del trabajador como requisito (y no procederá acción de regreso).

Yzquierdo Tolsada⁵⁹ estima que para superar las dificultades sería deseable una clarificación legislativa. Pero, a nuestro juicio, el artículo 1903.I CC es claro en el sentido de exigir como presupuesto necesario la culpa del dependiente, debido, sobre todo, al enlace directo de este precepto con el artículo 1902 CC, como afirma nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia de forma casi unánime, como hemos señalado anteriormente. Lo único que cabría plantear, *de lege ferenda*, es la desaparición de la culpa *in operando* como requisito de la responsabilidad del empresario, como se ha propuesto en Italia, a pesar de tratarse el italiano de un sistema claramente vicario.

Siendo la culpa del dependiente un presupuesto esencial de la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1903.IV CC, es evidente que el tercero perjudicado soporta la carga de la prueba de la culpa de aquél, ya que, como apunta Barceló⁶⁰, la presunción de culpa contenida en el artículo 1903.VI CC únicamente afecta al empresario. Sin embargo, esta prueba se encuentra afectada por los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa⁶¹, creados por la jurisprudencia y cuya más inmediata consecuencia es, en este punto, la inversión de la carga de la prueba, de aplicación general en toda la materia de responsabilidad extracontractual⁶².

En este sentido, Zelaya⁶³ pone de relieve que existe una cierta tendencia objetivadora de la responsabilidad civil del propio dependiente, similar, aunque menos intensa, a la que se ha observado respecto del empresario titular de bienes o actividades peligrosas.

En primer término esta jurisprudencia ha ido exigiendo al dependiente un cada vez más alto nivel o grado de diligencia en la actuación al servicio de la empresa. Por otro lado esta jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba de la culpa *in operando* contra los dependientes o agentes directos del daño. Por último, la Sala 1.^a del TS ha aplicado la no del todo precisa doctrina del riesgo creado⁶⁴.

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 267 y 268; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, cit., p. 277.

⁶⁰ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 304.

⁶¹ Una rigurosa exposición de estos expedientes por GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 475. También PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pp. 1995-1997; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pp. 126 ss.; Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 118 ss.

⁶² BARCELÓ, *op. cit.*, p. 304; SIERRA, *op. cit.*, p. 135.

⁶³ ZELAYA, *op. cit.*, p. 598.

⁶⁴ Un amplio análisis jurisprudencial por ZELAYA, *op. cit.*, pp. 598 ss.

La STS de la Sala 1.^a del TS de 28 de febrero de 1992 (RAJ 1404) aplica el expediente de la inversión de la carga de la prueba de la culpa *in operando*, afirmando que si bien la atribución de tal responsabilidad a la entidad titular del mecanismo causante del daño indemnizable exige la del operario a cuyo cargo se encuentre su manejo, la responsabilidad de éste aparece declarada en la sentencia impugnada en virtud del citado principio de inversión de la carga de la prueba, al no haberse acreditado que el daño sufrido por la actora-recurrente sobreviniera por causa a ella no imputable, lo que hace surgir en él una culpa *in operando* y en la sociedad recurrente *in eligendo*.

Siendo exacto el planteamiento expuesto en relación con la carga de la prueba de la culpa del dependiente, la sentencia que comentamos tiene el mérito de señalar, seguramente por primera vez de una manera clara y evidente, que es preciso facilitar dicha prueba cuando el dependiente desarrolla una labor de alta cualificación técnica. Hay que mantener un criterio de menor exigencia probatoria, pudiendo tomarse en consideración perspectivas de verosimilitud, mayor probabilidad cualificada e incluso cabe desplazar a quien tiene más facilidad para probar lo acontecido las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, debiendo contemplarse esta posibilidad sólo como una regla especial a considerar según las circunstancias concretas de cada caso.

Esta doctrina jurisprudencial es importante de cara a la protección de la víctima, al facilitar la aplicación del artículo 1903.IV CC, que tiene como presupuesto la culpa del dependiente, cuya prueba es muy difícil en casos como el de la sentencia que comentamos y, en general, cuando el dependiente desarrolla una labor de alta cualificación técnica, llegando a hablar el TS de *probatio diabolica*.

Nuestro TS acoge en esta sentencia un criterio muy flexible en relación con la carga de la prueba de la culpa del dependiente, de igual manera que lo establece, como vimos, al referirse al significado de la dependencia cuando el empleado desarrolla una labor de alta cualificación técnica.

En cambio, Zelaya⁶⁵ considera que esta línea jurisprudencial va claramente contra la tendencia general del Derecho comparado, pues no parece justo ni socialmente adecuado objetivar la responsabilidad personal del encargado como medio o mecanismo para facilitar –objetivar– la condena civil del empresario. En principio es aceptable que se objetive la responsabilidad civil del empresario, pero no la del propio encargado, quien, la mayoría de las veces, no

⁶⁵ ZELAYA, *op. cit.*, p. 607.

ha podido impedir el daño y no tiene la capacidad para poder distribuir socialmente su costo a través del sistema de precios o seguros. Esta solución anómala obedece a una no del todo consciente identificación de centros y criterios de imputación. No es lo mismo objetivar la responsabilidad civil del empresario que objetivar la responsabilidad de su dependiente: son centros de imputación diversos que deben reconocer criterios de atribución diversos.

A nuestro juicio, el facilitar la carga de la prueba de la culpa del dependiente, en casos como el de la sentencia que es objeto de este comentario, no creemos que sea criticable, aunque esto conlleve una cierta objetivación de la responsabilidad del dependiente. La aplicación de los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa creados por la jurisprudencia es plenamente acertada en relación con el dependiente y, en general, en cualquier supuesto en que se plantee la aplicación del artículo 1902 CC.

V. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL RIESGO CREADO

En los motivos segundo y tercero del recurso se cuestiona la responsabilidad por hecho ajeno de la entidad recurrente, es decir, de «Aero Madrid, S. A.» (la empresa para la que trabajaba el piloto instructor), negando la omisión de deberes de vigilancia y control del piloto del avión siniestrado, ni de la diligencia exigible.

El TS rechaza estos motivos, planteados desde una perspectiva puramente subjetivista, dialécticamente admisible, pero que no es admisible en casos como el contemplado en esta sentencia, y que no se corresponde con la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1903.IV CC.

El TS pone de relieve que la responsabilidad por hecho ajeno que cabe exigir de los empresarios está regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 CC. El régimen jurídico se complementa con la posibilidad de repetición que prevé el artículo 1904 del mismo Cuerpo legal.

La aplicación de esta preceptiva legal ha sugerido diversas interpretaciones caracterizadas por una evolución hacia posturas que, sin aceptar la responsabilidad objetiva pura, tienden a un marcado matiz objetivo. Si las posturas subjetivistas contemplan fundamentalmente la exigencia de una conducta culposa consistente en la omisión de deberes, singularmente en el campo de la elec-

ción del sujeto agente o en el de la adopción de medidas de control y vigilancia (culpa *in eligendo* o *in vigilando*), con una impronta objetivista (no en el sentido técnico, sino en el de menor dificultad para declarar la responsabilidad) cuando se admite la presunción de culpa, o se atribuye la carga probatoria al empresario, las teorías objetivadoras ponen el acento de la responsabilidad empresarial en la doctrina de la prolongación de la actividad del empresario en el empleado (teoría de la representatividad u orgánica), o en la creación del riesgo, bien en la perspectiva de que quien aprovecha el beneficio, lucro o utilidad de la actividad peligrosa debe sufrir la indemnización del quebranto padecido por el tercero (*cuius commoda eius incommoda; ubi emolumentum, ibi onus*), o bien desde la óptica de la absorción del riesgo (el riesgo del factor humano se engloba en el riesgo de empresa). La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo, con base en diversos argumentos y, singularmente, por una interpretación sociológica (art. 3.1 CC), que el precepto que se examina (art. 1903.IV CC) contiene un caso de responsabilidad cuasi objetiva (entre otras, sentencias de 28 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1996, 3 de julio y 31 de octubre de 1998). La aplicación de esta doctrina a los casos concretos se ha movido entre la atribución de la carga de la prueba de la total diligencia (medidas de control y vigilancia y adecuada elección) a la empresa demandada (sentencias de 4 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1993, 29 de marzo y 20 de diciembre de 1996, entre otras), a criterios de admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo (sentencias de 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 28 de febrero de 1992, 28 de octubre de 1994 y 7 de abril de 1997). Obviamente, la aplicación de un criterio más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, porque, como ha puesto de relieve la doctrina, la tesis subjetivista resulta insatisfactoria cuando el empleado presenta un alto grado de cualificación técnica en la actividad motivadora del daño, por resultar difícil de imaginar, en tal caso, la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Por consiguiente, el ámbito de rigor del matiz objetivista ha de ponerse en relación, y guardar proporcionalidad, con las circunstancias del supuesto y tipo y entidad del riesgo creado. Finalmente, en la sentencia de la Audiencia no hay base fáctica que permita apreciar que la parte demandada –aquí recurrente– dio cumplimiento a la exigencia que prevé el último párrafo del artículo 1903 CC.

En el comentario a la STS de 29 de marzo de 1996⁶⁶, reiteradamente mencionada por la sentencia que comentamos, hemos puesto de relieve cómo la doctrina dominante y, sobre todo, la jurisprudencia, afirman la objetivación de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes, que aparece en innumerables sentencias de nuestro TS que aplican el artículo 1903.IV CC.

Nuestro TS no trata en modo alguno de evitar la aplicación del artículo 1903.IV CC y el respeto a la previsión contenida en el último párrafo de este precepto, aunque la elevación de la diligencia exigida contribuya a que la prueba liberatoria concedida al empresario apenas pueda operar en la práctica. Ciertamente, el TS utiliza el expediente de la elevación de la diligencia para lograr que la responsabilidad del empresario devenga realmente objetiva, sin tener que forzar el texto del citado precepto⁶⁷.

Se impone al empresario, como se afirma desde la STS de 24 de marzo de 1953 (RAJ 913), una vigorosa prueba de la diligencia en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad, lo cual implica que la jurisprudencia viene imponiendo a la responsa-

⁶⁶ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 912 ss.

⁶⁷ No obstante, es preciso observar que el TS, en la sentencia que comentamos, pone de relieve que la tesis subjetivista es dialécticamente admisible, aunque no se corresponde con la que la doctrina jurisprudencial preconiza en la interpretación y aplicación del artículo 1903.IV CC.

Hace bastantes años, Díez-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pp. 711-713; hay una 2.ª edición, Madrid, 1973, pp. 302-304) subrayó que no puede negarse que la idea de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* responde a los esquemas de la doctrina clásica de esta materia, y tampoco que posee un apoyo muy fuerte en el párrafo final del artículo 1903 CC, que permite que la responsabilidad cese «cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Por este motivo un sector de nuestra doctrina defiende que la responsabilidad del empresario, mientras se mantenga la actual redacción del art. 1903 VI CC, está basada en la culpa. Así lo ponen de relieve BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 179 ss.), SIERRA (*op. cit.*, pp. 138 ss.) y CÓMEZ CALLE (*op. cit.*, pp. 427 y 428) con amplia información doctrinal. No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, p. 180) subraya que el reconocimiento de la fundamentación subjetiva no puede ocultar la inconveniencia de mantener la norma en su estado actual. La evolución de las relaciones económicas y laborales, en el seno de la empresa, hacen muy fácil la crítica a los viejos expedientes de la culpa en la elección o en la vigilancia. Por ello, hoy no sólo debe estimarse conveniente, en una futura reforma legislativa, dotar a la norma de carácter objetivo, sino incluso adentrarse en la propia configuración del supuesto de hecho normativo. SIERRA (*op. cit.*, p. 142) afirma que sólo legislativamente pueden incorporarse los principios de responsabilidad sin culpa en nuestro Derecho y la necesidad de esta incorporación se hace sentir apremiantemente, decía DE MIGUEL (*La responsabilidad sin culpa*, Barcelona, 1931, p. 110) hace ya más de medio siglo, pero parece que tal objetivación no va a llegar próximamente a este art. 1903. También GÓMEZ CALLE (*op. cit.*, p. 428) considera que *de lege ferenda* es deseable un régimen objetivo. Concebida la empresa como unidad económica y de riesgos, sí que podría consagrarse la responsabilidad objetiva de su titular, quien, en último extremo, se encuentra en condiciones de calcular el coste de los posibles daños (o, en su caso, el de su aseguramiento), para incluirlo entre los propios de su actividad y repercutirlo en el consumidor o usuario de sus productos o servicios.

bilidad contemplada por el artículo 1903.IV CC un cierto cariz objetivista.

La vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario confiere a esta responsabilidad una indudable objetivación, que, como pone de relieve el TS, tiene su razón de ser en la necesaria protección de la víctima del daño. Se trata de una manifestación del principio *pro damnato*, al que se refiere Díez-Picazo⁶⁸, consistente en que, por regla general, todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño. Si el empresario pudiera liberarse de responsabilidad con facilidad, la adecuada protección del perjudicado sería ilusoria. Son «razones de convivencia social» las que motivan esta tendencia jurisprudencial, según proclama la citada sentencia. El instrumento utilizado es el probatorio, haciendo muy difícil la prueba de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, que pesa sobre el empresario cuando un dependiente suyo ocasiona un daño a tercero cumpliéndose las condiciones del artículo 1903.IV CC.

El expediente utilizado por el TS tiene un sólido apoyo en el último párrafo del artículo 1903 CC, pues como indica Rojo Fernández-Río⁶⁹, parece consecuente con la letra del mismo, que exige la prueba de «toda» la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. También Jordano Fraga⁷⁰, aunque refiriéndose a un supuesto distinto del de la responsabilidad del empresario, puntualiza que el artículo 1903, párrafo último, al exigir de los guardadores la prueba del empleo de «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», parece dar un cariz claramente marginal a la exclusión de la responsabilidad indirecta de los guardadores por ausencia de negligencia de su parte.

Recientemente ha insistido en este mismo argumento Díaz Alabart⁷¹, al referirse al nivel de diligencia exigible a los centros docentes. Es de observar que el artículo 1903.IV CC para la exoneración de la responsabilidad que el precepto impone, exige la prueba de que se empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia». Ese «toda» bien puede significar que se va a exigir con un rigor espe-

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, «La responsabilidad civil, hoy», *ADC*, 1979, pp. 732 y 734; *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, p. 276.

⁶⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pp. 140 y 141, nota 29.

⁷⁰ JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984, p. 903, nota 37.

⁷¹ DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza* (en colaboración con Asúa), Madrid, 2000, p. 121, nota 175.

cial. En otros preceptos del Código Civil, en los que se emplea la medida de diligencia del buen padre de familia no se dice más, así los artículos 1094 y 1104 CC. En cambio, en la gestión de negocios ajenos, en cuya regulación el Código Civil se muestra especialmente riguroso para el gestor, en el artículo 1889 CC se le exige el desempeño de su función, « con toda la diligencia de un buen padre de familia».

Este razonamiento, que consideramos muy convincente, como hemos señalado en el mencionado comentario a la STS de 29 de mayo de 1996⁷², determina que esta autora, con toda razón, afirme que la diligencia que han de observar los centros docentes en el desarrollo de sus funciones con respecto a sus alumnos menores es rigurosa, como viene repitiendo nuestra jurisprudencia⁷³.

La elevada diligencia que exige nuestra jurisprudencia para exonerarse de la responsabilidad prevista en el artículo 1903.IV CC se explica también porque no es lógico que conduzcan al mismo resultado la presunción que establece expresamente este precepto en su último párrafo y la presunción de existencia de culpa que nuestra jurisprudencia ha conectado al artículo 1902 CC. Como afirma atinadamente Díez Soto⁷⁴, lo que en la mente del legislador podía suponer una posición ventajosa para la víctima en el ámbito del artículo 1903, con respecto a la que derivaba del artículo 1902 –presunción de culpa frente a la necesidad de probar la culpa– se vio desmentida por la constatación de que, en la realidad de los hechos, también la aplicación del artículo 1902 había de descansar en la presunción *iuris tantum* de existencia de culpa en el causante de un daño, doctrina absolutamente consolidada en la actualidad.

A nuestro juicio, resulta especialmente significativa para corroborar el punto de vista de los autores citados la relación de los artículos 1104.II y 1903.VI, ya que el primero alude a la diligencia que «correspondería a un buen padre de familia», mientras que el segundo se refiere al empleo de «toda la diligencia de un buen padre de familia», con lo que se incrementa el grado de la diligencia exigible.

Aunque se invocan algunas sentencias de la Sala 1.^a del TS, en las que el empresario logra exonerarse de responsabilidad como consecuencia de la aplicación directa de la previsión contenida en

⁷² CABANILLAS, *op. cit.*, p. 915.

⁷³ No obstante, DÍAZ ALABART (*op. cit.*, p. 121, nota 176) observa que esto no quiere decir imposible de prestar, pues, aunque alguna sentencia la pueda aplicar como si se tratara de responsabilidad absolutamente objetiva, no lo es.

⁷⁴ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 665.

el último párrafo del artículo 1903 CC⁷⁵, Zelaya⁷⁶ señala que no conoce sentencia alguna que exima de responsabilidad al empresario por haber acreditado éste la diligencia de un buen padre de familia en la selección, vigilancia y control de la actividad de sus dependientes. Las sentencias que pudieran aducirse como ejemplos de lo contrario son –si se las analiza con detalle– claros supuestos de extralimitaciones laborales en el ejercicio de las funciones, o bien supuestos donde no se ha acreditado culpa *in operando* en el dependiente que materialmente causó el daño respectivo. Así, por ejemplo, deben entenderse las citadas por Cavanillas Múgica⁷⁷.

Este dato no hace sino confirmar la posición de la doctrina jurisprudencial, que motiva que sea prácticamente inviable la exoneración de responsabilidad civil del empresario cuando el dependiente causa un daño a tercero en el servicio del ramo que lo tuviera empleado, o con ocasión de sus funciones.

Como observa recientemente Roca Trías⁷⁸, la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del empresario en la culpa no ha sido aceptada nunca por la jurisprudencia. Además, se contradice claramente con la posibilidad de ejercitar el derecho de regreso contra el empleado autor del daño, que reconoce el artículo 1904 CC. Por ello deber buscarse otra explicación.

Frente a esta configuración, actualmente se acentúa el elemento riesgo para atribuir la obligación del empresario. Se han alegado como razones que es lógico que quien obtiene un beneficio con una actividad que puede crear riesgos asuma las consecuencias dañosas de esa actividad (STS de 18 de octubre de 1984, Sala 2.ª, RAJ 4858), o bien que la atribución de riesgo al empresario de forma objetiva es una consecuencia del principio de la solidaridad, porque la empresa está en mejor situación de resarcir el daño que el causante directo del mismo, seguramente insolvente.

⁷⁵ BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 187 ss.) cita las sentencias de 6 de julio de 1934 (CL 96), 24 de febrero de 1969 (RAJ 995), 28 de febrero de 1983 (RAJ 1078) y 18 de septiembre de 1984 (RAJ 4299).

Este autor menciona también las sentencias del TS de 7 de octubre de 1983 (RAJ 5314) y 19 de julio de 1993 (RAJ 6162), pero en estas sentencias no debería haberse considerado aplicable el artículo 1903.IV CC, porque faltaba el requisito de la relación de dependencia. ¿Cómo entender posible que el dueño de la obra se haya exonerado de responsabilidad mediante la prueba de su falta de culpa cuando el artículo 1903.IV CC es, de entrada, totalmente inaplicable, por no ser el arquitecto, contratista o empleados del subcontratista «dependientes» del dueño de la obra?

⁷⁶ ZELAYA, *op. cit.*, pp. 186-187, nota 263.

⁷⁷ CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 92, nota 2.

⁷⁸ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales. cit.*, p. 102; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *cit.*, p. 20.

Para Roca Trías⁷⁹, nos hallamos ante la responsabilidad vicaria. De aquí que la respuesta que se tiene que dar acerca de la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por entender que nos encontramos ante un riesgo de empresa, de modo que el empresario responde frente a terceros de la corrección del desarrollo de la actividad que lleva a cabo, respondiendo, por tanto, no por culpa propia, sino en garantía del hecho de sus empleados. Esta explicación da preferencia al artículo 1904 CC, y al convertirse en objetiva, permite la exoneración mediante la prueba de la diligencia del empresario, tal como está prevista en el artículo 1903.VI CC.

La objetivación de la responsabilidad civil del empresario, defendida de forma reiterada por la Sala 1.^a del TS, fundamentalmente a través del expediente de la elevación del nivel de diligencia, y por la doctrina dominante⁸⁰, es la única convincente para explicar el texto del artículo 1904 CC, en su primer apartado: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho».

Evidentemente, como precisa Jordano Fraga⁸¹, al conceder el artículo 1904 el derecho de regreso, precisamente al empresario, en principio en todo caso de responsabilidad por sus dependientes, y, como hipótesis normal, por la totalidad de la indemnización satisfecha por el primero a la víctima del daño, revela claramente que el legislador presupone que esta responsabilidad no descansa en una culpa personal del empresario responsable indirecto, sino que se trata sólo de una forma de garantizar la percepción de su indemnización a la víctima del daño, y, por ello, una vez indemnizada ésta por el empresario, el responsable indirecto inculpable, sin ninguna responsabilidad personal en el daño causado por su dependiente, puede recuperar íntegramente el importe de dicha indemnización.

Naturalmente, en los casos en que realmente exista una responsabilidad, una culpa personal (*in eligendo, in vigilando*) del principal, éste no podrá regresar contra su dependiente o, al menos, no por la totalidad de lo indemnizado a la víctima del daño: tendrá que soportar ese principal la parte de la indemnización satisfecha que corresponda a su propia responsabilidad personal, como concausa

⁷⁹ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales, cit.*, p. 103; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *cit.*, pp. 20 ss.

⁸⁰ Amplia información doctrinal por CABANILLAS, *op. cit.*, p. 916, nota 21. Además, ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales, cit.*, pp. 102 y 103; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *cit.*, pp. 19 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cit.*, pp. 265 ss. y 301; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, pp. 273 ss.; Díez Soto, *op. cit.*, pp. 661 ss.

⁸¹ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, p. 471.

(causa indirecta, mediata) del daño, concurrente con la conducta del empleado (causa directa, inmediata de ese mismo daño). Pero, precisamente porque esto es indudable, es por lo que la ley, al partir de que en las relaciones internas con su dependiente el principal no debe soportar definitivamente nada de lo que abonó a la víctima, está presuponiendo que, normalmente, con carácter general, la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario actúa sin culpa personal de éste y, por tanto, sin posibilidad de hacer valer esa falta de culpa, frente a la víctima del daño, para sustraerse a dicha responsabilidad.

Roca Trías⁸² resalta también la extraordinaria importancia que tiene el artículo 1904 CC para fundamentar la objetivación de la responsabilidad del empresario. Este precepto constituye una prueba más de que la responsabilidad del empresario es vicaria, en garantía de los hechos de los empleados, y no por culpa propia (a pesar de las declaraciones jurisprudenciales), porque si responde por culpa propia, mal puede repetir quien paga algo a lo que está obligado. Esta postura hace que el artículo 1904 tenga todo su sentido, porque el empresario asume la obligación como consecuencia de su propia actividad empresarial. Por tanto, la solución que aquí se propone de considerar que el empresario paga la indemnización supliendo la insolvencia del empleado causante del daño, con lo que se facilita a la víctima la reclamación y se asume el daño dentro del riesgo de la empresa. En consecuencia, es posible repetir contra el empleado la totalidad de la indemnización pagada, lo que proporciona una explicación coherente al sistema establecido en el artículo 1904 CC. Evidentemente, si ha existido además culpa del empresario, éste sólo podrá reclamar al empleado que devuelva la parte correspondiente al daño causado, no la totalidad de la indemnización⁸³.

En todo caso, Roca Trías⁸⁴ tiene razón al subrayar que si existe contradicción entre el artículo 1903.VI CC y el artículo 1904 CC,

⁸² ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 105; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», cit., pp. 24-25.

⁸³ Como señala GULLÓN (*op. cit.*, pp. 484-485), si el empresario es condenado porque incurrió en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, no desvirtuó la presunción de culpa que establece el artículo 1903, no parece justo ni equitativo liberarle de toda responsabilidad mediante la acción del artículo 1904. Por el contrario, debe participar en proporción a su culpa en la indemnización del daño.

También CABANILLAS, «Dependientes (responsabilidad por) (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, II, Madrid, 1995, p. 2124.

No obstante, DE ÁNGEL (*op. cit.*, p. 366) observa que la interpretación de Gullón se sustenta con razón desde el punto de vista de justicia material. Existe, sin embargo, el obstáculo del texto del artículo 1904, que con sus palabras «lo que hubiese satisfecho» parece aludir a todo lo satisfecho, no a una parte de ello.

⁸⁴ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 103; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», cit., p. 103.

como propugnan numerosos autores⁸⁵, hay que optar por primar a este último, dado que la jurisprudencia ha dificultado de tal modo la prueba de la diligencia cuando el empresario pretende exonerarse de la obligación de resarcir que ha quedado como una norma cuasi obsoleta, con lo que deben primar las consecuencias que derivan del reconocimiento legal del derecho de repetición.

⁸⁵ La mayor parte de los autores que se han ocupado del artículo 1904 ha destacado la contradicción existente, desde la perspectiva de un sistema de responsabilidad por culpa presunta, entre los artículos 1903.VI y 1904. En efecto, como dice DE ÁNGEL (*op. cit.*, p. 366), si el empresario responde porque hubo culpa por su parte (ésta es la filosofía del Código civil), no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que el empleado es el único responsable efectivo. Y es que, verdaderamente, no se entiende el carácter subjetivo de la responsabilidad empresarial a la luz de los párrafos 4.º y último del artículo 1903 si inmediatamente después el artículo 1904 permite al que ha salido al frente de los actos de su empleo recuperar lo que él pagó. Si partimos de la idea de culpa, el artículo 1904 es absolutamente incongruente.

También RUBIO GARCÍA-MINA, *op. cit.*, pp. 56 y 57; ROGEL, *op. cit.*, pp. 160 ss.; ZELAYA, *op. cit.*, p. 145; Díez SOTO, *op. cit.*, p. 163; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cit.*, p. 301; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, pp. 274-275; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 164.

Concretamente, DÍAZ ALABART (*loc. cit. ant.*) pone de manifiesto que resulta raro que tratándose de una responsabilidad por culpa (la prevista en el art. 1903.IV), el artículo 1904 CC estableciera para los empresarios la posibilidad de una acción de regreso contra sus empleados, literalmente por lo que hubiese satisfecho. Lo que parece dar a entender que puede ser la totalidad de lo pagado. Ese mecanismo tiene sentido en una responsabilidad objetiva, pensada especialmente en beneficio de la víctima, y con un responsable, que con su actividad lucrativa genera un riesgo; riesgo del que responde directamente, pero del que puede resarcirse, una vez indemnizada la víctima, con el patrimonio de quien con su negligencia fue agente directo del daño. La razón de este contrasentido, como sucede en otros presentes en nuestro Código civil, se debe a la mezcla de preceptos de los Códigos extranjeros que influyeron en su redacción. El Código de Napoleón, en su redacción original, partía de un sistema en el que en general la responsabilidad por acto de otro se produce por culpa, salvo justamente en el supuesto del empresario que tiene una responsabilidad que no admite posible exculpación aunque haya existido diligencia, pero sí que permite la acción de regreso de lo pagado (art. 1384). Por otra parte, el Código civil austríaco, el cual junto a la regla general de no responsabilidad por actos de otras personas, establece en su art. 1313 que, si en algún caso las leyes dispusieran lo contrario, siempre será posible la acción de regreso. Probablemente estas dos influencias heterogéneas puedan haber sido determinantes en esa extraña relación entre los artículos 1903 y 1904 I, ambos del Código civil.

No obstante, algún autor considera que no existe una disfuncionalidad entre los artículos 1903.VI y 1904 CC, sin que el artículo 1904 dé base a la introducción de una responsabilidad por riesgo. En este sentido se pronuncia SIERRA (*op. cit.*, pp. 139 ss.), afirmando que el artículo 1904 regula únicamente la relación interna entre los grupos que integran la empresa y permite al empresario repetir del empleado lo que pagó por los daños que él causó. No es esto incompatible con que el empresario haya actuado con culpa. Debido a su falta de diligencia se ha visto obligado a ser garante de su empleado, a satisfacer a la víctima el daño causado, pero esto no quiere decir que en su relación con el empleado no pueda, cuando esto sea posible, es decir, en una mínima parte de los supuestos que se plantean, resarcirse de lo pagado. También GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, pp. 432 y 433. En cambio, BARCELÓ (*op. cit.*, p. 357), tal vez por la tesis subjetivista que sustenta en torno a la responsabilidad del empresario *ex artículo 1903.IV CC*, no tiene más remedio que pensar que se trata de una imperfección técnica de nuestro Código civil más que de conceder repetición por el todo. Y en este mismo error parece también haber incurrido la Ley de 7 de enero de 1991, cuando habla de repetir «las cantidades satisfechas» en relación con los titulares de centros docentes (art. 1904 II CC). En esta línea también parece que se pronuncia MORENO MARTÍNEZ (*Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Madrid, 1996, pp. 221 y 222) al tratar de coordinar los

En análogo sentido se pronuncia Yzquierdo Tolsada⁸⁶, al compartir la idea de que la contradicción sólo se puede salvar entendiéndose que lo que hay que sacrificar es el artículo 1903.VI: el artículo 1904 sólo se entiende prescindiendo de toda idea de responsabilidad por culpa (por muy presunta que ésta sea), y pensando que no es sino una manifestación más de la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad vicaria o de sustitución: la empresa responde porque es empresa, incluso aunque no haya mediado culpa por parte de su titular.

Después de destacar que la citada acción de repetición sólo tendría razón de ser en un sistema de responsabilidad vicaria, en el que la culpa del autor material del daño permite afirmar la responsabilidad del principal con total independencia de su propia diligencia, siempre que aquél haya actuado en el ejercicio de sus funciones, Díez Soto⁸⁷ puntualiza, con acierto, que el hecho de que el artículo 1904 I atribuyera la mencionada acción de repetición al empresario, y no a los otros sujetos mencionados en el artículo 1903 (padres, tutores), es un dato revelador de que, en el fondo, los redactores del Código civil no perdieron de vista en ningún momento el sistema de la responsabilidad vicaria a la hora de afrontar la situación de los empresarios, dando por sentada, en este caso, la existencia de una inicial culpa *in operando* del dependiente, como presupuesto básico de la responsabilidad del principal.

A nuestro entender, si se afirma la existencia de una contradicción entre el artículo 1903.VI y el artículo 1904 CC, debe primar el artículo 1904, que sólo se puede comprender adecuadamente partiendo de que la responsabilidad del empresario tiene un claro matiz objetivo, ya que este precepto ostenta un carácter especial al referirse directamente al artículo 1903 IV, mientras que el último párrafo del artículo 1903 es genérico, pues engloba todos los supuestos de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, ciertamente diversos (así, por ejemplo, son muy diferentes la responsabilidad del empresario y la responsabilidad de los padres).

También hay que observar que, como apunta Díez-Picazo⁸⁸, una interpretación teleológica y evolutiva debe llevarnos a rechazar

artículos 1903.VI y 1904.II CC, pensando que, partiendo del fundamento claramente subjetivo que proporciona el artículo 1903.VI, habría que estar –al objeto de la adecuación del artículo 1904.II con el 1903.VI– a una interpretación no literal de las «cantidades satisfechas».

⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 301.

⁸⁷ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 663-664.

⁸⁸ DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pp. 711-713. Hay una 2.ª edición, Madrid, 1973, pp. 302-304. También, más recientemente en *Derecho de daños*, cit., pp. 161 y 162.

que el fundamento de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes se encuentre en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Pues lo cierto es que, si bien la responsabilidad de los padres, tutores, maestros, etc., parece fundada en la idea del deber de vigilancia, la responsabilidad del empresario escapa a esta idea y pertenece más al terreno de la responsabilidad por riesgo, como aparece apuntado en la STS de 24 de marzo de 1953 (RAJ 913). Pues, ¿qué culpa *in vigilando* puede seriamente imputarse al empresario cuando su dependiente está actuando con propia iniciativa y fuera del posible círculo de la vigilancia, como en nuestro caso, en que conducía un camión? ¿Qué tipo de diligencia debe el empresario emplear para vigilar cómo son conducidos todos sus camiones? ¿No es, evidentemente, ficticio hablar de culpa *in vigilando*?

Ciertamente, como puntualiza Barceló⁸⁹, la evolución de las relaciones económicas y laborales en el seno de la empresa hacen muy fácil la crítica a los viejos expedientes de la culpa en la elección o en la vigilancia. Posiblemente, el Código civil piensa en el pequeño taller o comercio, donde el dependiente incluso habita en el mismo domicilio que el dueño, y no en la gran industria. Era posible una intervención personal del empresario en la producción, en la transmisión de conocimientos a los trabajadores sobre el modo de prestar los servicios, ya que la reducida dimensión de la explotación industrial lo permitía. Como dice Hauriou⁹⁰, la teoría de la culpa es adecuada para empresas de proporciones modestas.

La situación en nuestros días, en cambio, muestra una realidad completamente diferente: el gran tamaño de las empresas requiere también una compleja organización, articulándose las relaciones entre empresario y trabajador de forma distinta. El empresario ya no conoce personalmente, muchas veces, a sus obreros. Ahora se trata de imputar a la empresa todos los daños derivados del proceso productivo, sin reparar en un individuo concreto que, al fin y al cabo, forma parte de una organización.

Refiriéndose a esta evolución, Rubio García-Mina⁹¹ observa que los sistemas basados en fallos en el control de la conducta ajena, que aún podían tener cierta correspondencia con la realidad cuando el pandectismo los utilizaba en el marco de las estructuras agrícolas, resultan incomprensibles para la empresa despersonalizada y el tráfico industrial en masa.

⁸⁹ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 180-181.

⁹⁰ HAURIUO, «Nota a Cons. d'État de 13 de enero de 1899», en *Recueil Dalloz Sirey*, 1900, III, p. 3.

⁹¹ RUBIO-GARCÍA MINA, *op. cit.*, pp. 128 ss.

En consonancia con lo afirmado por este autor, De Ángel ⁹² señala que la composición de la empresa del momento presente hace irrisorio mencionar la culpa del empresario por la mala elección de sus empleados o su culpa por la defectuosa vigilancia de sus actividades. Las modalidades de reclutamiento del personal, lo abundante de las plantillas y lo complejo de la actual tecnología convierten en ridículos los argumentos que en otro tiempo hubieran podido imaginarse para el humilde supuesto de la actividad de un criado doméstico.

En este sentido, Zelaya ⁹³ también pone de relieve que hoy es aceptado que el control no constituye un claro fundamento de la responsabilidad del empresario por la misma razón por la cual no lo constituye la culpa *in eligendo, in vigilando vel inspiciendo*. Hay muchos casos en los cuales se impone una responsabilidad al empresario no obstante haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño, incluido el ejercicio estricto y minucioso del control de las actividades de sus dependientes. Además, dada la estructura de muchas empresas modernas, este último extremo es imposible de cumplir y, por tanto, ello se transforma en un deber imposible de exigir.

Por ello se ha llegado a sostener que el verdadero control no lo ejerce actualmente el empresario sobre la forma en la cual sus empleados realizan las actividades del giro empresarial, sino más bien sobre las posibilidades de garantizar o asegurarse contra los riesgos de accidentes inevitables dentro de la actividad industrial moderna.

En esta línea de interpretación, se acaba considerando responsable al sujeto a quien corresponda, no el control de los actos concretos y singulares (del dependiente) que generan el daño respectivo, sino el control sobre la organización general de los riesgos, decidiendo sobre su dimensión global. Así lo ha señalado de forma magistral Rojo Fernández-Río ⁹⁴.

Por todo ello es preciso acoger el criterio interpretativo propugnado por Díez-Picazo, y de esta manera la solución que defiende convincentemente al comentar la STS de 24 de marzo de 1953 y en estudios posteriores.

Además, es indudable que la tesis de la objetivación de la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1903.IV CC es la única que armoniza con la solución acogida en el artículo 120.4.º CP, que con-

⁹² DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 328.

⁹³ ZELAYA, *op. cit.*, pp. 128 ss.

⁹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

sagra una responsabilidad objetiva a cargo del empresario (persona natural o jurídica dedicada a cualquier género de industria o comercio), por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios⁹⁵.

Yzquierdo Tolsada⁹⁶ puntualiza que a diferencia de lo que sucede con el artículo 1903 CC, pero también a diferencia de lo que sucede con el artículo 120.1.º CP, no se hace mención de la culpa o negligencia, ni para exigirla ni para presumir *iuris tantum* su concurrencia⁹⁷. No se permite al empresario hacer constar que hubo diligencia por su parte: responde por el simple hecho de ser empresario, de todo daño derivado de una conducta delictiva imputable a un hecho acaecido en el ámbito de la propia actividad. El esquema es ahora el propio de la responsabilidad vicaria. Es indiferente de que haya o no culpa: se responde por el hecho de tener unos subordinados que actúan por y para el llamado a responder.

En análogo sentido Díez Soto⁹⁸ pone de relieve que en la actualidad parece totalmente consolidada en nuestra doctrina la idea de que el sistema de responsabilidad del empresario por hechos delictivos de sus dependientes, tal como aparece configurado en el Código Penal, responde, en esencia, al modelo de la responsabilidad vicaria.

La adopción del modelo de responsabilidad vicaria en el Código Penal resulta fácilmente explicable si se considera que este sistema, por sí solo, parece dar una respuesta plenamente satisfactoria al supuesto de hecho que se pretende regular, caracterizado esencialmente por la constatación judicial de la existencia de un hecho delictivo cometido por un sujeto perfectamente identificado y condenado por tal motivo. La actuación del dependiente, dolosa o culposa por definición, abre la puerta de la responsabilidad del empresario, con total abstracción de la posible culpa de éste; y justifica además la viabilidad de una repetición por parte del empresario

⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, cit., pp. 271 ss.; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 264; SIERRA, *op. cit.*, p. 142, nota 140; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 473-475; MONTÉS, *Comentario del Código Penal de 1995*, I, Valencia, 1996, pp. 641-642; ROCA TRÍAS, «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», cit., p. 23; Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 654 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 91, nota 2; ZELAYA, *op. cit.*, p. 140; BARCELÓ, *op. cit.*, p. 181.

⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, cit., p. 271; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 264.

⁹⁷ Así lo subraya BARCELÓ (*op. cit.*, p. 181) al referirse a la responsabilidad objetiva que regulaba el derogado artículo 22 CP: no admite, a diferencia del artículo 1903.IV CC, prueba de la diligencia por parte del principal para quedar exento de responsabilidad civil.

⁹⁸ Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 654 ss.

contra el dependiente por el importe total satisfecho. Hay que afirmar la incoherencia de acudir a explicaciones basadas en la existencia de una culpa en el empresario: el papel de garante que éste ha de asumir no tiene por qué supeditarse a la constatación, presunción o ficción de una actitud culpable por su parte, sino sólo al hecho de que haya sido su iniciativa la que haya determinado la inserción del causante material del daño en una esfera de actividad cuyo protagonista principal es el propio empresario. La tesis de la utilidad o beneficio derivada de la utilización de dependientes (*cuius commoda, eius incommoda*) y la idea de creación de un riesgo de empresa asumen, de este modo, una indudable relevancia justificadora de la responsabilidad del empresario.

La jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS, en torno al texto derogado del artículo 22 CP, es muy diáfana sobre el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario ⁹⁹, afirmando la importante STS de 22 de abril de 1996 (RAJ 2922) que reiteradamente la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo en los pilares tradicionales de la culpa *in eligendo* y de la culpa *in vigilando*, sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio *qui sentire commodum debet sentire incommodum* (sentencias de 1 de junio de 1979, 29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994 ó 17 de junio de 1996, entre otras). En el mismo sentido, la STS de 29 de abril de 1996 (RAJ 2999), que tiene en cuenta la sentencia de 21 de noviembre de 1991, la cual declara que esta responsabilidad civil subsidiaria adopta cada vez más un carácter dominante de responsabilidad objetiva, y otras sentencias posteriores que siguen esta doctrina ¹⁰⁰.

A pesar de lo injustificado que resulta que la responsabilidad civil extracontractual indirecta a cargo del empresario sea principal –solidaria con la personal del causante directo del daño– en el ámbito del artículo 1903 CC y subsidiaria en el del artículo 120 CP –en defecto de los que lo sean criminalmente–, lo que está claro es que, como observa Jordano Fraga ¹⁰¹, no tiene sentido que la misma responsabilidad extracontractual indirecta del empresario –principal en un caso, subsidiaria en otro– funcione diversamente (objetiva o subjetivamente), según que el daño causado por el dependiente

⁹⁹ Aunque como observa BARCELÓ (*op. cit.*, p. 181), la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS provoque cierto desconcierto con sus continuas alusiones a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

¹⁰⁰ Exhaustiva información jurisprudencial por JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 473 y 474; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 271; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 264, nota 264; BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 181 y 182; ZELAYA, *op. cit.*, p. 274 ss.

¹⁰¹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 475 y 476.

en el ejercicio de sus funciones sea o no constitutivo de un ilícito penal (delito o falta) ¹⁰². Tanto más cuanto que las mismas reconocidas razones que abogan por el carácter inquiridamente objetivo de la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario en el ámbito del artículo 120.4.º CP son igualmente válidas en el ámbito del artículo 1903.IV CC: una mejor protección jurídica de la víctima del daño, asegurando el cobro de la indemnización, dada la normal insolvencia del dependiente directamente causante del daño, y la idea del riesgo empresarial, ya que es el empresario quien crea y aprovecha el riesgo de su personal, y es él quien debe soportar sus consecuencias lesivas, y no terceros ajenos a esa creación y a sus consiguientes ventajas.

Yzquierdo Tolsada ¹⁰³ considera igualmente que si el Código Penal opta por configurar como vicaria la responsabilidad civil del empresario derivada de delito cometido por su dependiente, no se encuentran razones para que las cosas cambien en el régimen del Código civil.

El fundamento de la responsabilidad prevista en el artículo 1903.IV CC coincide con el de la declarada en el artículo 120.4.º CP.

De acuerdo con Jordano Fraga ¹⁰⁴, pensamos que el artículo 120.4.º CP, en el peor de los casos, es una norma que, por su estrecha relación con el artículo 1903.IV CC, sirve para reinterpretar

¹⁰² No tiene una justificación razonable propugnar un diverso tratamiento, debido a que la naturaleza de ambas responsabilidades (la derivada del ilícito penal y la que no procede del mismo) no es diversa, ya que son evidentemente civiles (CABANILLAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, pp. 217 ss., con amplia información doctrinal).

Como observa Díez-PICAZO (*Derecho de daños, cit.*, p. 283), la distinción normativa entre una responsabilidad extracontractual de carácter general y una forma específica que se define como dimanante de delito o falta debería haber dejado de existir hacía mucho tiempo y ha sido un error del legislador de 1995 haberla perpetuado sin poseer para ello razones consistentes.

En esta dirección, YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cit.*, p. 263; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, p. 270) señala con toda razón que uno más de los graves problemas de la dualidad normativa existente en los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil extracontractual (*supra*, comentario del art. 109.1 CP) es el de la responsabilidad del empresario por la acción de sus dependientes.

SIERRA (*op. cit.*, p. 142, nota 140) puntualiza que se mantiene la diferencia entre la regulación en el Código Civil y la del Código Penal (arts. 1903 CC y 120 CP), con las disfuncionalidades que crea.

Para ZELAYA (*op. cit.*, p. 140) es curioso observar cómo un mismo e idéntico supuesto de hecho tenga dos regulaciones legales distintas y fundadas en criterios de imputación diversos.

Este autor explica con amplitud la causa de esta anómala situación, refiriéndose al artículo 1903.IV CC y al derogado artículo 22 CP.

¹⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, pp. 265 y 266; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, pp. 273 y 275.

¹⁰⁴ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 476.

tar ésta, en el sentido más conforme con las exigencias de la realidad social de nuestro tiempo (art. 3.1 CC), que exige la objetivación de la responsabilidad del empresario y el carácter directo de la misma. De cara a la protección de la víctima, es fundamental que ésta pueda demandar directamente al empresario y que difícilmente pueda exonerarse de responsabilidad, porque el mismo suele ser solvente a diferencia del dependiente que ha causado directamente el daño. Esto explica que el empresario sea siempre demandado, y tenga que hacer frente al total de la indemnización. Por eso, el empresario, y no la víctima, será el que soporte el riesgo de la insolvencia del dependiente, que hará infructuoso total o parcialmente el derecho de repetición contemplado por el artículo 1904 CC. Este dato es esencial para comprender la doctrina de nuestro TS y la teoría defendida en la actualidad por la mayor parte de los autores en torno a la interpretación del artículo 1903.IV CC¹⁰⁵.

Otro argumento importante para justificar esta tesis radica en el escaso sentido que tiene afirmar que en sede contractual la responsabilidad del empresario por el daño causado por su dependiente sea objetiva, y que, en cambio, en el ámbito extracontractual sea subjetiva o por culpa.

Ante todo, hay que partir de que la responsabilidad del deudor por su auxiliares tiene un fundamento objetivo, como señala nuestra doctrina de manera prácticamente unánime¹⁰⁶, lo cual es coherente con la idea de que la intervención del auxiliar en el marco de la obligación del deudor obedece al interés y a la iniciativa del propio deudor y por ello debe considerarse como un riesgo de éste cualquier daño que para el acreedor resulte, en el marco de la obligación, como resultado de la intervención del tercero auxiliar. Además, cabe pensar que si la ley hace directamente al deudor responsable de la actividad de sus auxiliares en determinados casos concretos, prescindiendo de la culpa del mismo (cfr. arts. 1564,

¹⁰⁵ CABANILLAS, *op. cit.*, p. 911.

¹⁰⁶ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 398 ss.; JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, pp. 83 ss. y 210 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, p. 593; TORRALBA, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, 1971, pp. 1153 ss.; CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, pp. 12 y 13; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 275; CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid, 2000, p. 293; «Dependiente (responsabilidad por)», cit., p. 2123; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Barcelona, 1987, pp. 770 ss.; PANTALEÓN, «Responsabilidad por hecho ajeno (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, IV, Madrid, 1995, p. 5958; CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XV-1.º, Madrid, 1989, p. 440; BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 19 ss.

1596, 1601, 1721, 1784 y 1890 CC, 587 y 618 II C de C y 79.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías), debe ser inducida, por vía analógica, una regla general favorable a la objetivación de dicha responsabilidad, que, como observa Díez-Picazo ¹⁰⁷, constituye una exigencia económica y jurídica. Esta exigencia encuentra su fundamento no sólo en el empeoramiento de la situación del acreedor, que se produce aplicando los principios de la culpa extracontractual o de la culpa *in eligendo* o de la culpa *in vigilando*, sino también en una serie de ideas o de reglas que aquí deben ser tenidas en cuenta. Prescindiendo de aquellos casos en que la ley hace directamente al deudor responsable de la actividad de sus dependientes, cabe pensar que, por la misma razón, debe ser inducida una regla general. Esta afirmación tiene su base en los siguientes argumentos. En primer lugar, se encuentra la idea de que la única circunstancia de exoneración de la responsabilidad del deudor es el carácter fortuito de los daños y el carácter fortuito del impedimento de la prestación por causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito. En segundo lugar, se encuentra la idea de que normalmente la actividad de los auxiliares y dependientes del deudor se encuentra comprometida por éste según la naturaleza misma de la prestación. Por consiguiente, se encuentra implícita en la voluntad contractual. Por último, en estrecha relación con la anterior idea se encuentra el principio de la confianza, de acuerdo con el cual el principal asume las consecuencias de los actos de sus dependientes (*the servant's act is the master's act*).

En consonancia con la STS de 22 de junio de 1989 (RAJ 4776), la de 1 de marzo de 1990 (RAJ 1656) considera que cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y empleados en el cumplimiento, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius est commodum eius est periculum*.

El recurso tanto al fundamento subjetivo como al objetivo, que critica con razón Barceló ¹⁰⁸, aparece también con frecuencia en sentencias del TS relativas a la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes, como la tan citada de 29 de marzo de 1996, que comentamos en este Anuario, al aludir a la culpa *in vigilando* y a que esta responsabilidad es configurada como cuasi objetiva por nuestra jurisprudencia.

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 593.

¹⁰⁸ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 20.

Esto evidencia, seguramente, que nuestra jurisprudencia establece un análogo fundamento para configurar la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, lo cual es razonable. El fundamento de una y otra responsabilidad no tiene que ser necesariamente diverso, es decir, que el de la contractual sea objetivo y el de la extracontractual sea subjetivo. En este sentido no compartimos el punto de vista de Barceló¹⁰⁹, el cual, de igual manera que otros autores, entiende que una de las principales diferencias entre las esferas contractual y extracontractual de la responsabilidad por hecho de otro viene determinada por su fundamento. La responsabilidad del deudor por sus auxiliares es objetiva, mientras que la responsabilidad del empresario por sus dependientes *ex* artículo 1903.IV CC tiene su justificación en la consideración de que, de algún modo, ha intervenido en la producción del daño, a través de su culpa en la elección o en la vigilancia o dirección¹¹⁰.

En este sentido, es especialmente lúcida la argumentación de Jordano Fraga¹¹¹, apoyada en la opinión de numerosos autores, en su mayor parte alemanes.

Este autor, con toda razón, muestra el paralelismo existente entre la responsabilidad civil extracontractual indirecta y la responsabilidad civil contractual indirecta. Se trata, como dice, de un paralelismo útil.

Naturalmente, nada obliga a que la regulación de ambas responsabilidades civiles indirectas responda a los mismos principios. La imputación jurídica del daño al responsable indirecto podría hacerse en una objetivamente, y en otra sobre la base de su culpa personal (*in eligendo, in vigilando*). Esta disparidad de regulaciones es perfectamente posible, y para producirla basta que el legislador se lo proponga, como, por ejemplo, sucede en Alemania, con la comparación del § 278 BGB –responsabilidad contractual indirecta– con el § 831 BGB –responsabilidad extracontractual indirecta.

Tal diferenciación normativa es, ciertamente, posible, pero, eso sí, difícilmente justificable, vistas las coincidentes exigencias o motivaciones, que tanto en el terreno de la responsabilidad extracontractual indirecta como en el de la contractual indirecta, abo-

¹⁰⁹ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁰ No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 180 ss.), como expusimos anteriormente, tiene el mérito de destacar la inconveniencia de la tesis subjetiva, manteniendo el artículo 1903.VI en su estado actual.

¹¹¹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 444 ss.

gan por su respectiva independización de la culpa personal del responsable indirecto. En particular, para el caso de responsabilidad extracontractual indirecta que, por razón de analogía, nos interesa, el de los empleados y dependientes, se han utilizado, en favor de su objetivación, buena parte de los ya conocidos argumentos empleados en el terreno de los auxiliares en el cumplimiento: protección de la víctima del daño, a la hora de reclamar la reparación del mismo, tanto desde la perspectiva probatoria como desde la de la efectividad de la indemnización (normal insolvencia del dependiente causante directo del daño); idea de la conexión riesgo del personal aprovechamiento del mismo, o del *commodum* y el *incommodum*.

En todo caso, lo que interesa aquí subrayar, como ha puesto de relieve la propia doctrina alemana ¹¹², es que nada impone esa disparidad de regulación, ni la diversa naturaleza de la responsabilidad en uno u otro caso, ni siquiera la exigencia en cada uno de ellos de diversos presupuestos.

Como observa Yzquierdo Tolsada ¹¹³, si la doctrina subjetivista es notoriamente insuficiente en la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, en la contractual lo es más todavía.

A nuestro juicio, la fundamentación de la responsabilidad del empresario en la culpa por los daños causados por sus auxiliares es tan inidónea en el ámbito contractual como en el extracontractual, ya que, como hemos visto, si se propugna el carácter objetivo para configurar la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares, parece lógico, existiendo argumentos convincentes para defenderlo, como puede ser el texto del artículo 1904 CC y el del artículo 120.4.º CP, estimar que la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes ha de tener un carácter análogo, para no incurrir en una fragante incoherencia. Por último, no podemos olvidar que en el panorama del Derecho comparado, con buen criterio, se acoge en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos el carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes (cfr. arts. 1384 CC francés, 2049 CC italiano y 500 CC portugués). En el Derecho anglosajón se impone la responsabilidad vicaria del empresario. En cambio, en el Derecho alemán el § 831 BGB basa la responsabilidad del dueño del negocio

¹¹² HANAU, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, pp. 890 y 891; KUPISCH, «Die Haftung der Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)» *JuS*, 1983, p. 818.

¹¹³ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 275.

por los daños que su auxiliar cause a un tercero en una culpa propia, pudiendo exculparse, y en este modo eximirse de responsabilidad, si prueba que empleó la diligencia necesaria tanto en la elección, supervisión y dirección del auxiliar como al proporcionarle los útiles de trabajo, quedando igualmente liberado si prueba que, aun habiendo actuado negligentemente, el daño se habría producido de todos modos. Sin embargo, el § 278 BGB configura la responsabilidad contractual del deudor por los daños causados por sus auxiliares en el cumplimiento de sus obligaciones de manera objetiva¹¹⁴.

Apreciamos, por tanto, que en el Derecho alemán el § 831 BGB basa la responsabilidad delictual del dueño del negocio en una culpa propia, mientras que la misma es irrelevante a la hora de imponer al deudor la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento que establece el § 278 BGB.

Considerando que el sistema de responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes tiene en nuestro Código Civil un acusado carácter subjetivo, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1903 CC, Barceló¹¹⁵ señala que la norma viene a tener un contenido similar al del § 831 BGB.

Hemos expuesto con amplitud cómo nuestra jurisprudencia evita las nefastas consecuencias que tendría para la víctima una tesis semejante, objetivando la responsabilidad del empresario a través del expediente de la elevación de la diligencia para lograr que la prueba liberatoria prevista en el artículo 1903.IV CC apenas pueda operar en la práctica.

Aunque una solución semejante ha sido acogida también por los Tribunales alemanes en algunos casos a la hora de aplicar el § 831 BGB, llegando a resultados parecidos a los derivados de la aplicación del § 278 BGB, es decir, la imposibilidad de exoneración del *dominus negotii*¹¹⁶, la jurisprudencia alemana ha preferido, a diferencia de la nuestra, evitar sencillamente la aplicación del § 831 BGB, a fin de proteger al perjudicado, situando el problema frecuentemente en el ámbito de la *culpa in contrahendo* con la consiguiente aplicación del § 278 BGB, como ocurrió en el famoso caso del linóleo (sentencia del *Reichsgericht* de 7 de diciembre de 1911, RGZ 78, 239) y en otros casos posteriores resueltos por los Tribunales alemanes¹¹⁷.

¹¹⁴ Un amplio análisis del Derecho comparado en torno a la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus auxiliares por ZELAYA, *op. cit.*, pp. 34 ss., y BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹¹⁵ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 180.

¹¹⁶ Vid. CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 31 y 95.

¹¹⁷ Vid. CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 25 ss.

Esto significa que la solución que se ha impuesto en la jurisprudencia alemana para superar los graves inconvenientes de la aplicación del § 831 ha sido extender los remedios contractuales a supuestos de evidente responsabilidad aquiliana. Este mecanismo, muy eficaz, ha sido designado por Markesinis¹¹⁸, «*from tort to contract*», y lo ha descrito de la siguiente manera: en pocas palabras, significa invocar las flexibles reglas de la responsabilidad contractual para remediar las deficiencias de la responsabilidad extracontractual¹¹⁹.

Precisamente, la función esencial del instituto jurídico de la *culpa in contrahendo* por infracciones de deberes de protección radica en que también en el marco de la culpa en la conclusión del contrato los interesados responden por la culpa de sus auxiliares de acuerdo con la normativa contractual (§ 278 BGB)¹²⁰.

Se subraya en nuestra doctrina que la experiencia alemana podría repetirse igualmente en España, si se piensa que también el fundamento de la responsabilidad del principal por sus dependientes *ex* artículo 1903.IV CC se asienta en una culpa presunta de aquél, y que, por tanto, asimismo en este caso sea de aplicación la contrapueba de la diligencia a que alude el artículo 1903.VI CC¹²¹.

Aunque la solución acogida en el Derecho alemán por la jurisprudencia para evitar la aplicación del § 831 BGB sea ingeniosa y conduzca a un resultado equitativo, ya que se protege eficazmente al perjudicado por los daños causados a terceros por el auxiliar del dueño del negocio, es difícilmente justificable en nuestro Derecho, e incluso en el alemán, donde, cada vez con mayor insistencia, se afirma que los deberes de protección (*Schutzpflichten*) no pueden incluirse en el ámbito de la *culpa in contrahendo*, sugiriéndose que se cambien determinados aspectos del régimen de la responsabilidad extracontractual y, sobre todo, la reforma del § 831 BGB¹²².

Consideramos que es más satisfactoria la solución acogida por nuestra jurisprudencia y la doctrina dominante, ya que, como hemos visto, existe base suficiente para defender de manera con-

¹¹⁸ MARKESINIS, *The German Law of Torts*, Oxford, 1990, p. 499.

¹¹⁹ CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 31.

¹²⁰ CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 36.

¹²¹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 257.

¹²² *Vid.* CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 91 ss. No obstante, hay que subrayar que encontrándosese en prensa este estudio, la Ley de 1 de enero de 2002 ha introducido una importante reforma del Derecho de obligaciones alemán, enmarcado en el BGB, contemplando la *culpa in contrahendo*, donde se sitúan los deberes precontractuales de protección (§ 311 BGB). (*Vid.* HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002, pp. 69 y 70.)

vincente que la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes pertenece al terreno de la responsabilidad por riesgo, pudiendo entenderse, además, en sentido amplio la noción de dependencia, como expusimos anteriormente. No es preciso dejar prácticamente sin aplicación al artículo 1903.IV CC, lo cual, desde luego, es difícilmente justificable, recurriendo a una solución como la acogida en el Derecho alemán, muy discutible, que, sin embargo, es útil para reafirmar que la posición adoptada por nuestro TS y la tesis que aquí propugnamos, en línea con la imperante en nuestra doctrina científica, es la más adecuada desde todos los puntos de vista. Por ello, como expusimos en el comentario a la citada STS de 29 de marzo de 1996¹²³, la posición de nuestra jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 1903.IV y VI CC explica que no sea imprescindible proceder a la reforma del texto de este precepto, de igual manera que en Alemania subsiste el texto del § 831 BGB, a pesar de las duras críticas dirigidas contra el mismo¹²⁴, por la labor de la jurisprudencia alemana.

Tras todo lo dicho, cabe concluir que, como hace bastantes años señaló Díez-Picazo¹²⁵, la responsabilidad del empresario pertenece al terreno de la responsabilidad por riesgo, como aparece apuntado ya en la STS de 24 de marzo de 1953.

La prueba exculpatoria del empresario es tan improbable que pueda producirse que ciertamente es más riguroso hablar, en consonancia con este autor, de responsabilidad por riesgo que de responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, teniendo en cuenta la realidad social, que es un criterio esencial para interpretar las normas jurídicas (art. 3.1 CC).

Después de mostrar de manera rigurosa las causas que determinaron la redacción del artículo 1903 CC, que se desvía de sus modelos y antecedentes legales y doctrinales, De Castro¹²⁶ observa

¹²³ CABANILLAS, *op. cit.*, p. 918.

¹²⁴ Sobre estas críticas, *vid.* CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 30 ss.

¹²⁵ Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, p. 304. Más recientemente subraya este autor (*Derecho de daños*, cit., pp. 161 y 162) que la prueba de la diligencia *in eligendo* (elegir buenos dependientes) o *diligencia in vigilando* (dar las instrucciones necesarias y controlar el funcionamiento) resulta prácticamente imposible en las organizaciones económicas de gran extensión, en las cuales puede haber la primera de las formas de diligencia, pero nunca la segunda. Piénsese en grandes empresas de transportes en que los controles de la dirección sobre la actividad de los dependientes no pueden resultar demasiado grandes.

¹²⁶ DE CASTRO, «Contestación al discurso del excelentísimo señor don Jesús Rubio García-Mina de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre la responsabilidad civil del empresario», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1997, pp. 1708-1710.

con gran realismo que los resultados a que puede llegarse, aplicando la letra del artículo 1903 CC son desconcertantes. Por ejemplo, si un operario electricista, por inadvertencia al hacer una instalación, causa daños irreparables en valiosos aparatos, la empresa de la que es dependiente no responderá subsidiariamente de los mismos si prueba que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia enviando operario de confianza y experimentado. En cambio, si el dependiente se apropia de los aparatos que recoge para componer y es condenado penalmente, sería la empresa responsable civil subsidiaria.

La prudencia de los Tribunales ha paliado las consecuencias escandalosas a que hubiera llevado una interpretación del artículo 1903, tan favorable a los intereses de los empresarios y tan contraria al espíritu de las leyes y del bien común.

A tal efecto, agrava la carga de la prueba de la diligencia impuesta al empresario (STS de 20 de febrero de 1922, JC 155); de tal modo, que no se oculta, sino que se proclama, que «la jurisprudencia viene imponiendo a la referida responsabilidad civil cierto matiz objetivista en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad» (STS de 24 de marzo de 1953, RAJ 913)¹²⁷. Con otro enfoque, pero coincidente en los resultados, la doctrina jurisprudencial ha establecido que «la responsabilidad del empresario es directa y principal por los daños y perjuicios que originan los actos de sus trabajadores, en el servicio o con ocasión de sus funciones» (STS de 16 de abril de 1963, RAJ 1970)¹²⁸.

Esta última dirección doctrinal es la más adecuada a la realidad y exigencias sociales. El empresario, en virtud del mismo artículo 1902, parece que ha de responder por los actos de su dependiente, cuando y en cuanto éste obra como instrumento o pieza indispensable para el funcionamiento de la empresa; y, no menos, en cuanto el cliente confía bienes propios o abre las puertas de su casa al dependiente, por su confianza en la responsabilidad del empresario.

La objetivación de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes es todavía, si cabe, más defendible y necesaria en casos como el de la sentencia que comentamos, ya que como afirma el TS la aplicación de un criterio

¹²⁷ Es significativo que De Castro tenga en cuenta de igual manera que Díez-Picazo la doctrina de la STS de 24 de marzo de 1953, en la que se apoya este autor, al comentarla, para propugnar que la responsabilidad del empresario es por riesgo.

¹²⁸ Ya nos hemos referido a la STS de 16 de abril de 1963, por ser la que con mayor amplitud y fuerza convincente justifica el carácter directo de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes (CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 906 ss.).

más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, siendo evidente que la tesis subjetivista resulta insatisfactoria cuando el empleado presenta un alto grado de cualificación técnica en la actividad motivadora del daño, por resultar difícil de imaginar, en tal caso, la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

La conclusión a la que llega el TS es, sin duda, acertada, pero de ella no creemos que quepa concluir, a sensu contrario, que cuando el empleado no posea un alto grado de cualificación técnica en la actividad motivadora del daño sea preciso acoger un criterio menos riguroso, de tal manera que la responsabilidad del empresario deba dejar de tener un matiz objetivo y, por tanto, la tesis más adecuada sea la puramente subjetiva.

El propio TS parece que lo desmiente, cuando afirma en la sentencia que si bien la tesis subjetiva que se esgrime en los motivos del recurso de casación es dialécticamente admisible, no se corresponde con la que la doctrina jurisprudencial preconiza en la interpretación y aplicación del artículo 1903.IV CC.

Ya hemos expuesto con amplitud la posición de nuestro TS, que a través del expediente de la elevación de la diligencia, que tiene un sólido apoyo en el último párrafo del artículo 1903 CC, logra que la responsabilidad del empresario devenga realmente objetiva, sin tener que forzar el texto de dicho precepto.

Este planteamiento se vislumbra en la sentencia que comentamos, al afirmar el TS que no cabe escudarse en la adopción de todas las medidas de seguridad y garantía cuando las previsiones adoptadas se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos, lo que hace presumir que no se ha producido el agotamiento socialmente adecuado.

Ciertamente, Díez-Picazo¹²⁹ subraya con razón que la línea que parece seguir nuestra jurisprudencia es la de un retorno a la responsabilidad por culpa como principio, y por ello este autor considera imprescindible precisar el concepto de culpa, ya que si este concepto no se precisa, ese retorno termina siendo más aparente que real y no tiene mucho sentido hablar de un «reproche culpabilístico» si no se termina de saber cómo ha de hacerse éste y no se lleva a cabo con alguna dosis de rigor. Este retorno determina que la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo sea un supuesto excepcional. Por eso la culpa es, como observa Díez-Picazo¹³⁰, el factor decisivo de la responsabilidad civil.

¹²⁹ Díez-PICAZO, «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *ADC*, 2001, p. 1009.

¹³⁰ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 351 ss.

Sin embargo, este retorno, evidentemente cierto, no se ha producido en el marco de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes, como evidencia la sentencia que comentamos y casi todas las que aplican el artículo 1903.IV CC, y el propio Díez-Picazo al señalar, como dijimos anteriormente, que la diligencia *in vigilando*, especialmente, resulta prácticamente imposible en las organizaciones económicas de gran extensión ¹³¹. Tal vez porque existen numerosos argumentos, apoyados en el Derecho positivo, que hemos expuesto con cierto detenimiento, para justificar que dicha responsabilidad es por riesgo, sin que la circunstancia de que la responsabilidad por riesgo constituya un supuesto excepcional y que la culpa sea un factor decisivo de la responsabilidad civil, sea un argumento determinante para no fundamentar la responsabilidad del empresario, en el supuesto citado, en el riesgo. Estamos en presencia de uno de los supuestos en que la idea del riesgo opera como fundamento de la responsabilidad, teniendo un fuerte apoyo en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos tratado de poner de relieve.

No estamos en presencia de un supuesto en que se aplica la doctrina del riesgo extralegalmente (el área de la responsabilidad por riesgo ha quedado acotada por la evolución legislativa), lo cual no parece admitir Díez-Picazo ¹³², sino que existen argumentos de Derecho positivo, como, por ejemplo, el texto del artículo 1904 CC, para justificar que la mencionada responsabilidad es por riesgo, sin que esté en contra de la tendencia hacia la tipificación de la responsabilidad por riesgo que sólo puede ampliarse por vía legislativa, de acuerdo con la evolución moderna del Derecho de daños ¹³³.

¹³¹ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 161 y 162.

¹³² Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 241.

¹³³ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 241.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DANOVI, Remo: *Essais sur la déontologie, Etablissements Emile Bruylant, Bruselas, 2002, 258 pp.*

El autor, abogado de Milán y vicepresidente del *Consiglio nazionale forense* italiano reúne en esta obra catorce ensayos sobre deontología de las profesiones jurídicas. Se trata de una colección sistematizada de comunicaciones a congresos profesionales durante la década de los noventa, que también incluye artículos de opinión y de pensamiento publicados anteriormente en revistas del foro y en otras obras colectivas, y uno o dos trabajos inéditos. Cada uno de los ensayos contiene comentarios y referencias a materiales de diversa fuente, cinematográficos, literarios, académicos y, sobre todo, profesionales, que aportan al libro el sabor de la experiencia y un tono realista y moderno. La obra culmina con dos anexos que contienen, el primero, el código de deontología de los abogados italianos; y el segundo, el código de deontología de los abogados de la Unión Europea.

En la primera parte (siete ensayos) el autor defiende la idea de codificación de la deontología jurídica. La codificación garantiza la certeza de las reglas y su conocimiento inmediato; refuerza el poder disciplinario del gremio; favorece el nacimiento de una conciencia ética común a los miembros de la profesión (p. 16). También facilita una formación deontológica de los abogados (pp. 25-44). Y contribuye a dotar de unas normas éticas comunes a letrados y magistrados (pp. 45-62). En el concreto caso italiano, la codificación permite salvaguardar de modo más eficiente el principio fundamental de legalidad que debe presidir la sanción de conductas contrarias al honor y a la dignidad de la profesión. Al efecto, el autor dedica un entero capítulo al análisis de una propuesta de codificación de la deontología jurídica en Italia (pp. 63-90). A continuación, dos capítulos de esta primera parte tratan de los principios fundamentales de la deontología, en general, y de su manifestación en códigos europeos e internacionales (pp. 91-104); y, en concreto, del código de deontología de los abogados europeos (pp. 105-117). Por último, Remo Danovi examina el problema de la doble normativa en materia de normas de conducta profesionales a que pueden quedar sujetos los abogados que operan a nivel internacional, dentro de los países de la Unión Europea (pp. 118-127).

La segunda parte del libro está formada por otros tantos ensayos en los que el autor desarrolla aspectos o casos concretos de ética forense. Los temas van desde la independencia del abogado (pp. 131-143) o el deber de transparencia y verdad que debe presidir su conducta (pp. 144-166) al histórico caso de un juez de Milán que suspende la audiencia del día por no hallar plaza de estacionamiento para su coche, que es puesto como contrapunto de las conductas dilatorias de ciertos abogados en el foro (pp. 179-190). El autor no

deja de tratar el problema de los *romantic entanglements* entre abogados y clientes (pp. 191-199) y de la prohibida sollicitación de clientes por medio de la publicidad (pp. 201-213). La obra termina con un interesante ensayo sobre deontología de los abogados japoneses que incluye el articulado de su código de conducta (pp. 214-229).

En fin, *Essais sur la déontologie* es una más de las muchas obras escritas en los últimos años sobre cuestiones de ética y honorabilidad de la profesión dirigida principalmente a abogados de ejercicio. En tal sentido, el libro puede demostrar el renovado interés que parece estar desarrollándose por ese saber-hacer que no proporcionan universidades ni colegiaturas, y que el autor defiende que proporcionarán los códigos de conducta y la tutela disciplinaria de los pares.

M.^a Sara RODRÍGUEZ PINTO
Universidad Autónoma de Madrid

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: *Direito Civil. Teoria Geral*, Coimbra Editora, volumen I, 2.^a ed., 2000, 431 pp.; volumen II, 1999, 472 pp.; y volumen III, 2002, 394 pp.

Los civilistas españoles, cuando, en cursos, tratados, monografías o artículos, citan autores no españoles, suelen limitarse a citar franceses, italianos y alemanes, añadiendo algunos, en los últimos años, por múltiples motivos, alguna cita norteamericana o británica; y casi nunca se mencionan civilistas de otros países. No obstante, se dan algunas excepciones, entre las que me cuento, por ejemplo, porque yo empleo a veces literatura jurídica portuguesa: en efecto, Portugal, también en Derecho Civil, es importante, no sólo porque, como Francia, Alemania o Italia, tiene un Código Civil paradigmático, sino también porque su doctrina posee una calidad envidiable. Tanto la generación de civilistas que elaboró el vigente Código Civil de 1966 como la actual merecen singular atención. Brillante ejemplo de los frutos de esta última es la extensa producción del Catedrático de Lisboa José de Oliveira Ascensão, cuya culminación, por el momento, parece ser esta *Teoria Geral* de Derecho Civil en tres volúmenes que recomiendo con entusiasmo a mis colegas lectores del *Anuario*; del primer volumen hay una primera edición de 1997; pero, aparecido ya el tercero este año 2002, hago la reseña refiriéndome a la última versión de cada uno de los tomos de la obra tal como figuran en el encabezamiento.

El volumen I lleva como subtítulo *Introdução. As pessoas. Os bens*. Tras unas consideraciones sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, sobre el Derecho Civil Constitucional y sobre la antítesis entre el liberalismo y la función social, el autor se pronuncia sobre la pertinencia de una Teoría General del Derecho Civil y describe lo que él denomina elementos «prelegales». Dentro del Derecho de la persona, después de unas reflexiones generales acerca de la persona física como realidad prelegal y punto de referencia ineludible, se aborda su régimen jurídico (personalidad, capacidad, legitimación, derechos de la personalidad), penetrando luego el autor en la persona jurídica (*pessoa colectiva*), sobre la que se lleva a término una extensa reflexión jurídico-filosófica y metodológica antes de exponer su régimen

jurídico general y el de las asociaciones, sociedades y fundaciones. Finaliza el tomo con dos capítulos sobre los bienes y las cosas, clasificando pormenorizadamente a éstas.

El volumen II, cuyo subtítulo es *Acções e factos jurídicos*, se erige tal vez en el núcleo de la obra, en cuanto que versa sustancialmente sobre el negocio jurídico: comienza Oliveira Ascensão distinguiendo figuras dentro de las cuales encuadrará el negocio: hechos, actos, acciones, etc., aludiendo en esta zona introductoria a materias generales como la forma o el silencio. Tras definir el negocio jurídico en el capítulo IV y tratar de sus presupuestos en el V, aborda detenidamente su régimen, desplegando un extenso contenido: vicios de la voluntad, interpretación e integración, divergencia entre voluntad y declaración, perfeccionamiento, representación, contenido, causa y función, cláusulas accesorias, ineficacia, etc., para desembocar en el negocio paradigmático, el contrato, del que se refieren aspectos importantes como las condiciones generales o la alteración de circunstancias.

Se subtitula el volumen III *Relações e situações jurídicas*, enmarcándose el derecho subjetivo (quizá la figura nuclear del tomo) en las situaciones y en las relaciones jurídicas tratadas en el capítulo I: definido el derecho subjetivo en el II, se despliega su tratamiento en algunos de los siguientes, abordándose, entre otros temas, las situaciones jurídicas complejas, la cotitularidad, las vicisitudes de las relaciones jurídicas, el abuso de derecho, la tutela de los derechos, su extinción, etc. Pero el negocio y la relación jurídica retornan continuamente como marcos de referencia, retomándose el problema de la causa, el de la base del negocio y la alteración de las circunstancias, el de los contratos de adhesión, etc. Algunos temas, como se ve, se abordan en más de un lugar, precisamente porque encajan en dos o más casillas, no rehuviendo el profesor Ascensão en cada caso los aspectos del asunto más subsumibles en el apartado que en ese momento redacta.

Expuesto muy sucintamente el contenido, paso a comentar brevísimamente lo que me parece más relevante de la obra.

Empiezo diciendo que la obra es ambiciosa y que satisface esa ambición; la doctrina europea puede enorgullecerse de ella: su sistema es riguroso, su rigor es extremo y su contenido, completo e ilustrativo; las reflexiones del autor, a veces discutibles, son siempre inteligentes y motivadas, no limitándose el profesor de Lisboa a exponer ordenadamente el Derecho positivo, sino que decide intervenir, como si estuviera elaborando una monografía, en muchos de los debates que la misma exposición de la materia suscita. Como observaciones generales, permítaseme primeramente decir que veo a Oliveira Ascensão, en línea con las doctrinas alemana e italiana y con la de su propio país, demasiado obsesionado con la abstracción, con las clasificaciones y con la sistemática: trata de poner nombre a todo, lo que le obliga a multiplicar las figuras, de modo que recuerda algo, por ejemplo, a Messineo: entre el acto jurídico simple o en sentido estricto y el negocio jurídico encontramos la «acción» (pp. 11 ss. del volumen II); la propiedad horizontal o la superficie son derechos «supercompuestos» (p. 122 del volumen III), etc. Respecto de la abstracción, él mismo, consciente de posibles críticas, se justifica, tratando de demostrar la conveniencia de una teoría general (no «Parte General») del Derecho Civil (pp. 32 ss. del volumen I), advirtiendo que, si bien los peligros de una excesiva abstracción son una realidad, es también necesario recordar que sin abstracción no hay ciencia y que sólo por abstracción es posible aislar los principios generales que dan unidad científica al Derecho Civil (p. 33). Yo

comparto, en cierta medida, esta opinión, pero sólo si se expone gran parte de esa materia en el último curso de nuestra disciplina, *induciendo* los principios y los conceptos de lo antes estudiado en Obligaciones, Derechos Reales, Familia y Sucesiones. Por otra parte, he aprendido a ser algo escéptico respecto de las clasificaciones y, sobre todo, de las calificaciones: ¿no oscurecemos los juristas, al clasificar y al calificar, el conflicto de intereses que analizamos, siendo, como somos, sustancialmente «detectives de efectos»? ¿Necesitamos ubicar la figura A dentro de la casilla X para atribuirle efectos? ¿No es precisamente peligroso clasificar tanto? Quede claro que una mente tan lúcida como la de Ascensão advierte esto, pero quizá quepa señalarle el peligro, como cabría señalárselo a pandectistas y neopandectistas.

Jurista de personalidad definida, Ascensão no rehuye consideraciones ideológicas que orientan su quehacer jurídico: critica, por ejemplo, las orientaciones actuales caracterizadas por una vuelta al desequilibrio y a la desproporción entre las partes de la relación jurídica, desatendiéndose la justicia del contenido (p. 15 del volumen I); o el liberalismo exacerbado que ha desplazado en los últimos tiempos al principio de la función social de la propiedad (p. 31 del mismo volumen); por otra parte, la persona (física) es el fin del Derecho (pp. 45 ss. del volumen I), debiendo el Ordenamiento servir a su realización y no a la inversa (p. 48), lo que conecta con múltiples aspectos, incluida la procreación asistida (pp. 66 ss.), a propósito de la cual escribe que el embrión no es una cosa (p. 68). Personalismo y sentido social parecen, pues, informar la actitud jurídica del autor, lo que se deja ver a lo largo de sus reflexiones, por ejemplo sobre el contenido y la causa (capítulo XIII del volumen II y capítulo VII del III) o sobre los contratos de adhesión (capítulo XVII del volumen II y capítulo X del III). Véase también el capítulo XI de este tercer tomo, relativo al control de la justicia del contenido de los negocios, con críticas contundentes a las posiciones ultraliberales.

Debe destacar, espigando aquí y allá, sus consideraciones sobre la persona jurídica, que sólo es persona por analogía, aunque no creación arbitraria (pp. 71 ss. del volumen I); su rechazo a un derecho general de la personalidad (pp. 87 ss. de ese volumen); su penetrante descomposición del acto constitutivo de una asociación en un aspecto contractual (en el que pueden darse intereses contrapuestos) y otro que no lo es (p. 245); su provechosa clasificación de bienes y cosas (pp. 341 ss.); su espléndido tratamiento del silencio (pp. 29 ss. del volumen II); su amena exposición del negocio jurídico (pp. 61 ss. de dicho tomo), exposición que culmina con la magistral definición de negocio jurídico contenida en la página 82; su acierto en separar los presupuestos del negocio (capacidad, legitimación y objeto) de sus elementos componentes (capítulo V de ese tomo); su tratamiento del error (capítulo VII) y de la interpretación y de la integración (capítulo VIII); la utilidad didáctica de la tabla de diferencias entre nulidad y anulabilidad contenida en la página 326; las valiosas reflexiones sobre la alteración sobrevinida de circunstancias como causa de modificación o de resolución del contrato (capítulo IX del volumen III), por ejemplo en materia de inflación (pp. 208 ss.); el tratamiento matizado de las figuras de extinción del derecho por el no ejercicio (prescripción, caducidad, no uso) (capítulo XV de ese tercer tomo), etc. Siempre o casi siempre Oliveira Ascensão aborda los problemas con agudeza y se compromete a fondo en las soluciones; utiliza con agilidad los procedimientos lógicos habituales: autor generalmente deductivo, a veces induce provechosamente, por ejemplo cuando, al tratar de la constitución de las personas jurídicas (pp. 241 ss. del

tomo I), infiere reglas generales del régimen legal específico de cada tipo de entidad.

No obstante todo lo dicho, cuando habla de la causa del negocio (capítulo XIII del volumen II y capítulo VII del III), el autor se abstiene de formular un concepto propio, reflexionando, no obstante, sobre las teorías ajenas y analizando penetrantemente casos en los que surgen problemas que la doctrina acostumbra a atender con la figura de la causa (por ejemplo, letra de cambio). De la indefinición sobre la causa se llega inevitablemente a opiniones que desapruebo sobre el negocio indirecto o el fiduciario (pp. 306 ss. del volumen III). Como asimismo disiento de la afirmación del autor de que el derecho subjetivo no sea una suma de poderes, sino una fuente de éstos (pp. 121 y 122 del volumen III), si bien he de valorar la alta calidad de los textos que dedica a la figura del citado derecho subjetivo (en múltiples pasajes del volumen III), debiendo destacarse, entre otros, su tratamiento (ya casi al final del tomo) del problema del abuso del derecho, figura (definida en el art. 334 CC) cuya existencia unitaria niega sorprendente y brillantemente respecto del Derecho portugués: «... no hay —escribe en p. 292—, en el Ordenamiento legislado portugués, un instituto del abuso del derecho. Hay un nombre, bajo el cual se albergan realidades dispares». Y adviértase que impugna esta figura tras una reflexiva y monográfica meditación, que comienza en la página 264.

En síntesis, una obra relevante para el mundo jurídico no sólo portugués, sino también europeo: precisamente a la hora de orientarnos sobre un futuro y no lejano *ius commune*, aportaciones como la presente constituyen una referencia singularmente útil y atractiva.

Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ

PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: *Vías pecuarias y propiedad privada*, Colección *Monografías de Derecho civil* (IV. Propiedad y Derechos reales), ed. Dykinson, Madrid, 2002, 262 pp.

Con la monografía de la profesora Parra Lucán inicia su andadura la colección *Monografías de Derecho civil* de la editorial Dykinson, dirigida por el profesor Yzquierdo Tolsada, en concreto en el apartado titulado «Propiedad y Derechos reales», y lo cierto es que no podía hacerlo con mejor pie. Se trata de una obra densa, que se ocupa de un tema difícil, en el que se entremezclan conceptos propios del Derecho civil con otros que, tradicionalmente, se han encasillado en el Derecho administrativo, lo que no ha impedido que hayan sido objeto de un tratamiento igualmente riguroso por parte de la autora, catedrática de Derecho civil en la Universidad de La Laguna.

La obra se estructura en cuatro grandes apartados, precedidos por un *Planteamiento* (Apartado I) que sirve a la profesora Parra Lucán para indicar cuál va a ser el objetivo principal de su trabajo: el análisis del conflicto que surge entre la propiedad privada y la consideración de las vías pecuarias como dominio público; más en concreto, la propia autora señala que va a tratar de responder al interrogante relativo a cuáles son las circunstancias que permiten, en un proceso civil, desvirtuar la declaración administrativa de deslinde. Se entiende, así, el minucioso tratamiento que dedica al deslinde, acto administrativo al que la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de vías pecuarias, concede

una eficacia que podría calificarse de desmesurada, puesto que entre sus efectos se cuenta el de constituir título suficiente para rectificar el Registro de la Propiedad.

El primer paso para abordar con éxito la tarea propuesta consiste, sin lugar a dudas, en el estudio del largo proceso que desemboca en la declaración del artículo 2 de la Ley de vías pecuarias de 1995 –precepto que señala que las vías pecuarias son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas–, y precisamente a este análisis se dedica el Apartado II de la monografía que se comenta. En él se contiene una detenida exposición del *iter* recorrido por las vías pecuarias al menos desde 1273, fecha en la que se otorga a la Mesta los primeros privilegios, entre los que se cuenta el reconocimiento a los ganaderos de la facultad de paso franco de los ganados por todo el reino. Debe destacarse que este recorrido histórico no se limita a la exposición ordenada de las normas que, sucesivamente, van a ocuparse de las vías pecuarias; también se explica el contexto social, político y económico al que responden las diferentes reglas que se van dictando, saliendo así a la luz los conflictos que se plantean entre ganadería y agricultura y poniéndose de relieve, en consecuencia, los mecanismos propios de tutela y conservación de los que siempre dispusieron los caminos ganaderos. Y de esta forma se advierte que, a pesar de que los intereses defendidos por ganaderos y agricultores (luego, propietarios) son totalmente opuestos, hay una constante que se repite a lo largo de los siglos: se proclama el respeto a las cañadas no sólo cuando se prohíben los cerramientos –prohibición entendida como un privilegio a favor de la ganadería–, sino también cuando, con posterioridad, se reconoce al propietario la facultad de cerrar las fincas –por la importancia creciente de la agricultura, en un primer momento, y por la influencia del pensamiento ilustrado, más adelante–. Es más, la actitud favorable a las cañadas llega hasta el Código civil, cuyo artículo 570, introducido en el anteproyecto de 1882-1888, concibe a las cañadas, cordeles y veredas como servidumbres de paso. A juicio de la autora, con esta regla sólo se pretendió dejar a salvo de manera expresa la regulación ya existente sobre la materia –puesto que el Real Decreto de 3 de marzo de 1877, vigente a la promulgación del Código civil, calificaba a las vías pecuarias como servidumbres, probablemente recogiendo la calificación que se contenía en numerosas circulares e instrucciones anteriores, así como en la doctrina de la época–, con el fin de evitar las dudas que se venían suscitando en torno a la subsistencia de las cañadas tras el reconocimiento de la facultad de cerramiento de las fincas. No obstante, la profesora Parra pone de manifiesto que aunque la calificación de las cañadas como servidumbres es útil para lograr el objetivo de garantizar el paso del ganado a través de las fincas, es completamente incorrecta desde un punto de vista técnico-jurídico. Y llega así hasta el Real Decreto de 13 de agosto de 1892, cuyo artículo 13 califica a las vías pecuarias de bienes de dominio público por primera vez, posiblemente, a juicio de la autora, para reforzar su protección, por una parte, y como consecuencia de la evolución administrativa del país, que desemboca en la atribución a la Administración de las competencias de conservación de las vías pecuarias, por otra. Esta calificación de las vías pecuarias como dominio público se mantendrá en las sucesivas normas reguladoras de las vías pecuarias y, en la actualidad, se encuentra consagrada en el artículo 2 de la Ley de vías pecuarias de 1995, que las considera dominio público de las Comunidades Autónomas.

Una vez expuesto el proceso y las razones que concluyen con la calificación de las vías pecuarias como dominio público, se dedica el Apartado III al estudio de la protección dispensada a las vías pecuarias a lo largo de su historia, desde los privilegios mesteños hasta la actualidad. Y de nuevo el recurso al análisis histórico permite a la profesora Parra Lucán exponer el amplio régimen de protección dispensado a las vías pecuarias –régimen que, sin embargo, presenta importantes quiebras, como se encarga de destacar la autora– desde sus orígenes: piénsese que entre los privilegios de la Mesta se incluyó el establecimiento de una jurisdicción privativa para defender los caminos ganaderos, ejercida por los entregadores, jueces encargados, entre otras tareas, de mantener abiertas las cañadas, precedente del deslinde actual. La concienzuda labor de búsqueda, primero, y de estudio, después, de las disposiciones reguladoras de la ganadería permite a la autora detectar cómo, en la segunda mitad del siglo XIX, y a pesar del silencio que guarda la legislación desamortizadora en relación con las vías pecuarias, algunas disposiciones de rango reglamentario sí que se refieren a la inalienabilidad de las servidumbres de paso de ganado –en concreto, el Real Decreto de 3 de marzo de 1877–, probablemente para poner fin a la situación que se estaba produciendo en la práctica, consistente en la enajenación de fincas del Estado con omisión de la existencia de servidumbres pecuarias; se trataba, en suma, de evitar la desaparición de las vías pecuarias. Y nos conduce entonces la autora hasta el conjunto de normas que, a pesar de calificar a las vías pecuarias como dominio público, permiten, en ciertos supuestos, la enajenación de las mismas. Ello ocurre, según la profesora Parra, porque dejan de ser necesarias para el paso ganadero, lo que supone que desaparece el interés general que justifica la afectación de la vía pecuaria. También nos muestra cómo el principio de imprescriptibilidad va a ser consagrado en las normas reguladoras de las vías pecuarias, si bien la autora considera que tal declaración no va a tener un carácter absoluto, puesto que, al mismo tiempo, se reconoce una cierta eficacia a la posesión de vías pecuarias durante largo tiempo por poseedores de buena fe. Es más, la legislación promulgada en el siglo XX dejará abierta la puerta a la posibilidad de adquirir por usucapión las vías pecuarias, dato que explica que la jurisprudencia contencioso-administrativa haya venido admitiendo de forma expresa la posibilidad de adquirir por usucapión vías pecuarias. La última pieza en el sistema de protección de las vías pecuarias se refiere a la publicidad registral; y es que, aunque hasta épocas muy recientes, ni las vías pecuarias ni los restantes bienes de dominio público tenían acceso al Registro de la Propiedad, dicha situación se ha visto notablemente alterada: primero, por la Ley de costas y por la de vías pecuarias; más adelante, por la modificación del Reglamento Hipotecario operada en 1998. En cualquier caso, el dato más significativo en relación con las vías pecuarias y el Registro de la Propiedad, y que, de momento la autora se limita a apuntar, es el que se refiere a la eficacia otorgada por la Ley de vías pecuarias al deslinde en relación con las inscripciones registrales contradictorias.

En el camino que va a desembocar en el análisis del conflicto que se plantea entre deslinde de vías pecuarias y titularidad privada, se dedica el Apartado IV a la regulación de los presupuestos y efectos del deslinde de las vías pecuarias con anterioridad a la ley vigente. En esta ocasión, el estudio de los antecedentes históricos pone de relieve cómo la configuración tradicional del deslinde poco tiene que ver con el deslinde regulado en la Ley 3/1995, de vías pecuarias. Y es que, en efecto, si en su origen el deslinde de vías pecuarias –si

es que puede denominarse así a la actividad desarrollada por los entregadores— tiene como finalidad principal la de conservar en buen estado los pasos ganaderos, hoy en día sirve, incluso, para declarar la titularidad demanial sobre las vías. En este apartado se pone de manifiesto cómo las competencias en materia de conservación de las vías de paso, atribuidas en su origen a la Mesta, y a la Asociación General de Ganaderos más adelante, pasan a ser asumidas por la Administración desde mediados del siglo XIX, como consecuencia de las presiones de la burguesía, interesada en una Administración poderosa y privilegiada. La profesora Parra hace hincapié en el dato de que la Administración, entonces, no va a actuar como titular de las vías, sino como mera encargada de mantener libre y expedito su paso, protegiendo de esta manera la utilidad de los pasos. La exposición del régimen de protección dispensado a las vías pecuarias en la legislación anterior, y en concreto, el estudio de la recuperación por la Administración de las vías usurpadas, permite a la autora destacar algunos de los límites de sus facultades de deslinde y recuperación: la posesión legítima y por largo tiempo por los particulares, por una parte, y la inscripción registral, protegida por el principio de legitimación del artículo 38 LH —a pesar de las vacilaciones de la jurisprudencia contenciosa—, por otra. Concluye esta parte con una referencia a la competencia de la jurisdicción ordinaria, en especial, de la jurisdicción civil, competente en última instancia para pronunciarse sobre la propiedad privada de las superficies, cuya posesión ha podido ser recuperada de oficio por la Administración. Nos encontramos, de esta manera, ante una nueva manifestación de la tensión constante entre las prerrogativas y privilegios concedidos a la Administración y los intereses y las titularidades de los particulares.

El artículo 8 de la Ley de vías pecuarias de 1995, en el que se regula el deslinde, es objeto de estudio en el Apartado V y último de la obra. En esta parte se intenta dar respuesta, como ya indicaba la autora en su *Planteamiento*, al interrogante relativo a las posibilidades del particular de hacer valer con éxito su titularidad sobre una superficie deslindada, desvirtuando en vía civil los tremendos efectos que la ley vigente otorga al deslinde. De entrada, la descripción de la nueva configuración del deslinde en la Ley de 1995 le permite concluir que se aparta de la evolución histórica de las vías pecuarias y, a la vez, del deslinde administrativo, copiando el régimen del deslinde previsto en la Ley de costas de 1988. En consecuencia, el deslinde aparece como acto declarativo de la posesión y de la titularidad demanial, al tiempo que sirve de título suficiente para la rectificación del Registro, circunstancias que, sin embargo, no impiden que la jurisdicción civil siga siendo la competente en lo que afecta a los derechos de propiedad. El análisis pormenorizado de los efectos del deslinde pone de manifiesto los límites y las dificultades a los que se enfrentan los particulares frente a dicho acto administrativo. Resulta así, en primer lugar, que contra la posesión de la Administración declarada por el deslinde no caben los interdictos, ni se puede ejercitar la acción del artículo 41 LH —salvo que se trate de vía de hecho, aunque es cuestión discutida en la doctrina administrativista si las medidas contempladas en el art. 30 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa sustituyen a la tutela sumaria de la posesión o se suman a ella—. En segundo término, la declaración de la titularidad demanial contenida en el acto de deslinde implica la inoponibilidad de las inscripciones registrales (art. 8.3 Ley de vías pecuarias), de modo que el titular inscrito que quiera hacer valer su derecho se ve obligado a demandar a la Administración, ejercitando para ello la acción declarativa o la

reivindicatoria, frente a lo que ocurría al amparo de la legislación anterior. En tercer lugar, el acto de deslinde se considera título suficiente para rectificar el Registro –aunque el procedimiento de rectificación no se ha regulado aún–, y para inmatricular las vías pecuarias a favor de la Comunidad Autónoma de que se trate (art. 8.4 Ley de vías pecuarias), inmatriculación que se establece como facultad de ejercicio discrecional por la Administración, circunstancia que es objeto de fundadas críticas por la profesora Parra. Es a propósito de la exposición del control judicial del deslinde, y en concreto de las acciones civiles que pueden ser empleadas por los particulares, cuando la autora construye grupos de casos en función de las distintas situaciones en que pueden encontrarse aquéllos frente al acto de deslinde, siguiendo un método muy empleado en la doctrina alemana, que le permite alcanzar su propósito. Distingue, pues, las soluciones posibles en función de si hubo o no un deslinde anterior, y en qué fecha se produjo; en atención a si el particular ha obtenido una sentencia firme en la que se declara su titularidad; de si ha producido una desafectación tácita y una posesión de buena fe durante largo tiempo; o, incluso, de si se trata de un tercero de buena fe, respecto del cual la profesora Parra considera probable que deba jugar el principio contenido en el artículo 32 LH, y ello como consecuencia de las modificaciones que están sufriendo las relaciones entre dominio público y Registro de la Propiedad.

Me parece que resulta evidente, de todo lo que se ha dicho, que la idea que late en el fondo del trabajo que se comenta, y que actúa a modo de hilo conductor del mismo, consiste en la exposición de algunos de los problemas que plantea el régimen jurídico de los bienes de dominio público –no exclusivos, por tanto, de las vías pecuarias–, si bien se centra, en especial, en el alcance de los privilegios de la Administración, que se ponen de manifiesto de forma muy evidente en el caso de las vías pecuarias. En realidad, las dificultades que se denuncian en relación con las vías pecuarias permiten entrever el conflicto entre los principios de Derecho privado y, en concreto, el respeto a las titularidades de esa naturaleza, y los principios inspiradores del Derecho público, en especial, los de ejecutividad y presunción de legalidad de los actos administrativos.

M.^a Elena SÁNCHEZ JORDÁN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de La Laguna

RUDA GONZÁLEZ, Albert: *El contrato de cesión de suelo por obra*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 397 pp.

El contrato de cesión de suelo por obra es una figura contractual muy frecuente en los últimos tiempos; de ella nos ofrece un estudio completo la obra que nos disponemos a reseñar. El propio autor señala las razones del interés del tema: el número y la gravedad de problemas prácticos que plantea, la ausencia de una regulación civil específica (salvo en Cataluña), la novedad de múltiples disposiciones legales y la reciente anulación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento hipotecario (p. 21).

El libro está estructurado en tres partes: una primera (cap. II) en la que se describen las principales modalidades de cesión de suelo por obra que coexisten en la práctica, así como el régimen jurídico del contrato; una segunda (cap. III) en la que se analiza el contenido y los efectos del contrato y, por último, una tercera parte (cap. IV) dedicada a las cuestiones relacionadas con el incumplimiento del contrato. Además del estudio estrictamente civil, el lector puede encontrar un apéndice tributario en el que se analizan las importantes implicaciones fiscales que afectan a este contrato. Este apéndice se complementa con una relación de acuerdos, resoluciones, consultas y contestaciones que facilitarán enormemente la labor de los investigadores sobre el tema que nos ocupa.

En el campo jurídico-civil, al cual se dedica el grueso de la obra, se plantean numerosas e interesantes cuestiones que van más allá del ámbito específico del contrato de cesión de suelo por obra, ya que, tal y como pone de relieve el propio autor, «[...] la mayoría de problemas que afectan a la cesión de solar por obra son generales, en el sentido de que no pertenecen a este contrato, sino al Derecho civil de contratos en general [...]» (p. 332).

La exposición no se limita a una simple enumeración de las distintas opciones doctrinales y jurisprudenciales que se han planteado en relación con los diversos problemas relativos al contrato de cesión de suelo por obra; por el contrario, se realiza un análisis crítico de cada una de ellas, aportando la propia visión del problema.

El artículo 13 RH, parcialmente anulado, está muy presente a lo largo de toda la obra; se dedican incluso dos epígrafes a dicho precepto: el primero de ellos se centra en el proceso de elaboración y, fundamentalmente, en el Dictamen del Consejo de Estado en el que ya se ponían de manifiesto algunos de los aspectos que llevaron a su parcial anulación (pp. 67 a 71). En el segundo de los epígrafes dedicados al artículo 13 RH el lector encuentra un detallado (y crítico) análisis del precepto desde el punto de vista técnico-legislativo (pp. 71 a 73).

Es menor la atención que recibe la reciente Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura aprobada por el Parlamento de Cataluña; dicha ley, sin embargo, ha sido ya objeto de un análisis detallado llevado a cabo por el propio Ruda González en un artículo que puede considerarse el *continuum* de la línea de investigación iniciada en el libro reseñado («Cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura. Aproximació a la seva regulació a la Llei 23/2001», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003-I, pp. 9 a 38).

Tal y como ya se ha tenido ocasión de señalar, son numerosos los aspectos tratados en el libro objeto de nuestro análisis que, dadas las limitaciones propias de una reseña, se ocupará de trazar las que, a nuestro entender, constituyen sus líneas directrices.

En primer lugar, cabe destacar el concepto (o conceptos) de contrato de cesión de suelo por obra que nos ofrece el autor. En concreto, Ruda González propone manejar dos conceptos: uno amplio, en el que entrarían todas aquellas modalidades que conducen a un mismo resultado práctico de intercambio de un inmueble por una obra (*do ut facias*), y uno de carácter estricto en el que se incluiría «aquel contrato en virtud del cual una persona se obliga a ceder a la otra un derecho de propiedad sobre un solar, a cambio de que ésta construya sobre el mismo y ceda a la primera parte de la obra» (p. 61).

En segundo lugar, por lo que se refiere a la calificación del contrato, el autor opta por la de contrato mixto (p. 92), lo cual influye en la determinación del régimen jurídico del contrato, que lleva a cabo a través del método de combinación de bloques normativos (pp. 93 a 105).

En el estudio de la estructura del contrato cabe destacar la parte dedicada al objeto, en la que la obra señala algunas claves de la evolución del Derecho de contratos. Véase, a este propósito, la interpretación flexible del criterio de la determinación del objeto propuesta por el autor (p. 161). Es importante, asimismo, destacar que para Ruda González el objeto del contrato no está constituido por el suelo ni los pisos, sino por «los derechos que recaen sobre los mismos, y en el caso del cesionario, [por] la prestación de hacer que precede a la de entregar» (pp. 121 y 122). Esta opción lleva a tratar como incumplimiento casos que, de otro modo, darían lugar a la nulidad del contrato (pp. 122 y 123 en las que se hace referencia al supuesto en el que no se acaban los pisos o locales prometidos al cedente).

Puede afirmarse que son dos las cuestiones principales en torno a las cuales se construye la segunda y la tercera parte del libro: en primer lugar, el cómo y el cuándo tiene lugar la transmisión de la propiedad de los pisos o locales al cedente y, en segundo lugar, los efectos de la relación cedente-cesionario frente a terceros. Ambas cuestiones inciden considerablemente en diversos aspectos del contenido y efectos del contrato (cap. III) y de su incumplimiento (cap. IV).

La problemática relacionada con la transmisión de la propiedad de los pisos y locales al cedente se aborda, en primer lugar, al analizar la obligación, asumida por el cesionario, de entrega de dichos pisos o locales al cedente (pp. 203 ss.). En este apartado se ilustra sobre el abanico de posibilidades que la doctrina ha propuesto para lograr la transmisión anticipada de los pisos o locales y, de este modo, ofrecer una protección al cedente, considerado, en términos generales, la parte débil del contrato (pp. 203 a 222). Especial atención merece la opinión que defiende la creación de una comunidad especial entre cedente y cesionario (aun cuando se haya querido transmitir el solar entero) y la consiguiente adquisición gradual por accesión de los pisos o locales a medida que avanzan las obras.

Probablemente, debido a la complejidad del tema, se observa en esta parte del libro una disminución de la claridad expositiva y de la adecuada sistematización de teorías que caracteriza al resto de la obra. Asimismo, habría sido deseable un estudio más detenido del párrafo 1 del artículo 13 RH que, como es sabido, la STS de la Sala 3.^a de 31 de enero de 2001 anuló por entender que había introducido un sistema de transmisión de la propiedad contrario al establecido por el artículo 609 CC. Sorprende que dicho estudio no se haya reflejado más adecuadamente en el libro reseñado, teniendo en cuenta el profundo e interesante análisis que el propio autor realiza en otro lugar [«El contrato de cesión de suelo por obra tras la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 31 de enero de 2001», en *La Ley*, 2001, núm. 6, pp. 1536 a 1543].

Frente a lo anterior, es de elogiar el tratamiento de la tesis que, siempre en búsqueda de una transmisión anticipada, aboga por la tradición condicional de los pisos o locales; según dicha opinión «las partes condicionan la producción del efecto traditorio a la terminación de los pisos o locales. Cuando estén terminados, se entienden entregados sin necesidad de un acto adicional» (p. 218). Conforme a esta tesis la adquisición de la propiedad se entendería producida desde el momento de la celebración del contrato, pues a ello con-

duce el efecto retroactivo propio de la condición. El análisis de la tradición condicional brinda la oportunidad al autor de hacer referencia a la división doctrinal existente en torno a la configuración de la tradición como acto real, falto de todo ánimo específico de transmitir el dominio, o verdadero negocio jurídico. Finalmente, el autor desaconseja la utilización de la tradición condicional de bienes inmuebles por razones de carácter práctico (seguridad del tráfico) y de Derecho comparado (p. 221).

Íntimamente relacionada con lo anterior, se encuentra la cuestión relativa al derecho que ostenta el cedente sobre los pisos o locales; aun cuando el autor parece inclinarse por la opinión dominante que, de acuerdo con el artículo 13.IV RH, lo califica de derecho de crédito (p. 225), ello no es óbice para que se ocupe de las distintas propuestas doctrinales que, de nuevo en búsqueda de una protección del cedente, han defendido que éste es titular de un derecho real (p. 226), de un *ius ad rem* (p. 227), o que tiene una titularidad preventiva (p. 228) o una expectativa (p. 229).

La trascendencia práctica de las cuestiones a las que nos acabamos de referir, que, a primera vista, parecen tener un interés de carácter exclusivamente dogmático, se pone de relieve al tratar la posición del cedente, que ha transmitido la propiedad de todo el solar, en los casos de incumplimiento definitivo de las obligaciones del cesionario por embargo o quiebra (pp. 264 y ss.). Nótese, en efecto, que, por una parte, «mientras el solar o los pisos se encuentran en poder del cesionario se exponen al poder de agresión patrimonial de sus acreedores» (p. 264) y, por otra, que «en la mayoría de supuestos, el cedente ha transmitido al cesionario la propiedad exclusiva del solar, de tal modo que la quiebra de éste comporta el ingreso del solar en la masa de la quiebra» (p. 284).

En caso de embargo, el único medio que protegería completamente al cedente es la tercería de dominio, cuya interposición requiere, tal y como observa el autor, la presentación del título de dominio, del que el cedente carece en la mayoría de los casos (p. 270). La doctrina, dentro de la línea protectora del cedente, ha flexibilizado por distintas vías los requisitos necesarios para que triunfe una tercería de dominio. Así, Ruda González hace referencia, en primer lugar, al enfoque dogmático centrado en el análisis de la naturaleza jurídica de la tercería de dominio, que ha llevado a su calificación como acción reivindicatoria, declarativa o *sui generis*; en segundo lugar, alude a las propuestas de *lege ferenda* de ampliación de la legitimación del tercerista de dominio, algunas de las cuales, observa el autor, implican defender posiciones más propias de sistemas de transmisión *solo consensu* (p. 283).

En relación con los casos de quiebra del cesionario, la doctrina pretende conseguir la protección del cedente a través del traslado de las propuestas, a las que nos acabamos de referir, al ámbito de la quiebra, pues se considera la *separatio ex iure domini* una modalidad de la tercería de dominio (p. 285). Es de señalar la disconformidad mostrada por el autor frente a las propuestas doctrinales señaladas, tanto en el ámbito de la quiebra como en el del embargo.

Por lo que se refiere a los efectos de la relación cedente-cesionario frente a terceros, lo primero que debe señalarse es la especial importancia que adquiere en este ámbito el artículo 13.IV RH; este precepto establece, como es sabido, que se expresará de «forma escueta en el asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura pero sin detallar ésta». El análisis de dicha expresión se lleva a cabo en el ámbito del incumplimiento de las obligaciones del cesionario

por embargo (p. 283), por doble enajenación (p. 261) y en el de los efectos de la resolución (p. 312).

En relación con el primer ámbito, se plantea el autor si al tercer adquirente del solar en la subasta le afecta la expresión del artículo 13.IV RH a la que nos acabamos de referir; de ser la respuesta afirmativa, el tercero estaría gravado por el deber de construir que pesaba sobre el cesionario antes del embargo. La opción asumida por el autor es la que considera que la respuesta debe ser negativa, aduciendo a este propósito que «el cesionario sigue obligado tras la subasta pues sólo puede liberarse porque lo consienta su acreedor que es el cedente» (p. 283).

Por lo que se refiere a los casos de enajenación a terceros de los pisos o locales prometidos al cedente, el autor pone de relieve que el tercero adquirente de buena fe a título oneroso que inscriba no se ve afectado por los pactos obligacionales del contrato entre cedente y cesionario. Si bien es cierto que el cedente queda desprotegido en estos casos, es dudoso, a juicio del autor, que su protección pueda basarse en la expresión del artículo 13.IV RH, pues de ella no parece derivarse la mala fe del tercero (p. 263).

También en el ámbito de la eficacia de la resolución contra terceros subadquirentes surge la cuestión del alcance de la expresión del artículo 13.IV RH. Al igual que en los casos de doble enajenación a los que nos acabamos de referir, el autor considera que a partir de dicho precepto no se deriva la eficacia de la resolución frente a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso.

En definitiva, según el autor, «esta expresión del artículo 13. IV RH parece criticable porque introduce en el Registro referencias incompletas de carácter meramente obligacional y no aclara con qué finalidad se hace» (p. 312).

Una de las conclusiones más significativas a las que llega Ruda González, y que el propio lector puede intuir a lo largo de todo el libro, consiste en las carencias legislativas existentes en relación con las diversas cuestiones atinentes al contrato de cesión de suelo por obra. Además de algunas propuestas concretas que el autor realiza en relación con puntos específicos (véase a título de ejemplo la aplicación del artículo 1652 CC para la liquidación del estado posesorio en caso de resolución del contrato, p. 311), en la reflexión final puede encontrarse una propuesta de técnica legislativa: se plantea la utilización de la técnica del sistema móvil como vía más adecuada para regular un tema en el que «la complejidad de las situaciones de hecho y la heterogeneidad de fenómenos que se agrupan bajo el nombre de cesión de suelo por obra dificultan la elaboración de una regulación de calidad» (p. 332).

En definitiva, la obra reseñada constituye un estudio completo, detallado y riguroso en el que pueden encontrarse desarrolladas las claves de un tema tan actual y de gran trascendencia práctica como es el contrato de cesión de suelo por obra. A ello habría que añadir la abundante bibliografía y jurisprudencia, agrupada esta última siguiendo un orden cronológico y temático. En dicha relación pueden encontrarse también los más importantes pronunciamientos jurisprudenciales de otros países; abundan las referencias a las soluciones a las que ha llegado el Derecho francés, alemán, helvético o italiano, entre otros. Mérito indiscutible en este apartado es que no se olvidan las diferencias existentes entre los diversos sistemas jurídicos, lo que evita caer en el error de proponer sin más el traslado de soluciones adoptadas en otros sistemas que, sin embargo, serían inviables en el nuestro.

SANTOS MORÓN, María José: *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 109 pp.

La LEC 1/2000 ha dado una nueva regulación al régimen jurídico del internamiento involuntario, derogando el artículo 211 CC sustituido por el artículo 763 LEC. No obstante las modificaciones introducidas, la ley sigue sin definir el «supuesto de hecho del internamiento involuntario», lo cual plantea serios problemas en torno a su alcance, a los sujetos susceptibles de internamiento, a las causas que lo pueden motivar y la finalidad que justificaría el mismo. La labor de la profesora Santos Morón ha sido dar respuesta a estos interrogantes, teniendo siempre en cuenta el respeto a los derechos fundamentales y apoyándose en un exhaustivo estudio del Derecho comparado. El resultado ha sido un trabajo perfectamente estructurado, de gran claridad, en el que la presentación de problemas y aportación de soluciones se suceden conjugando la brevedad de la lectura con la densidad del contenido de forma admirable.

I. El libro se estructura en diez capítulos. En los cinco primeros realiza la autora un análisis del supuesto de hecho del internamiento involuntario, partiendo del estudio de la regulación aplicable y del Derecho comparado, exponiendo las lagunas que la ley presenta y las cuestiones que han de resolverse, dedicando el capítulo V al fundamento constitucional del internamiento voluntario. Los cinco capítulos siguientes del libro tratan sobre los tipos de internamiento a los que es de aplicación el artículo 763 LEC, distinguiendo según su finalidad sea terapéutica, para la protección de terceros, asistencial o educativa.

El capítulo I es introductorio, tras analizar los antecedentes legislativos desde la regulación de 1931 hasta la vigente (lo que ha supuesto el paso de un control administrativo a un control judicial del internamiento), recoge las novedades y carencias de la normativa actual. Entre las novedades incorporadas destacan las referentes a materia de competencia judicial, tramitación del procedimiento (ahora contencioso), recursos, control y cese del internamiento y sobre la obligación del responsable del centro de acogida en caso de internamiento urgente de dar cuenta al juez de la medida para su ratificación. Entre las carencias de la nueva regulación encontramos las que atañen a los requisitos de fondo que legitimen la adopción y mantenimiento de esta medida limitadora de la libertad del individuo por no definirse el supuesto de hecho en la norma aplicable. Tampoco se determinan quiénes son las personas legitimadas para solicitar el internamiento, ni cuál es la situación jurídica de la persona internada durante el tiempo en que se prolongue el internamiento.

II. La principal cuestión a resolver es determinar el tipo de internamiento que recoge el artículo 763 LEC, cuestión que se plantea en el capítulo II. Debe distinguirse entre lo que dice la norma y lo que no dice la norma. En el precepto se refiere que se trata de un internamiento «por razón de trastorno psíquico» y respecto a los menores que se hará en un «establecimiento de salud mental», por lo que *a priori* parece que se refiere a un internamiento en un centro psiquiátrico.

Sin embargo, la norma no dice, lo que debe entenderse por trastorno psíquico, por lo que la autora se cuestiona si en dicho concepto se podrían incluir trastornos por alcoholismo o toxicomanía o las deficiencias psíquicas tales como

oligofrenias, retrasos mentales o síndrome de Down. Igualmente se plantea si entra en el supuesto de hecho el internamiento de carácter educativo, en tanto el artículo 271 CC prevé la posibilidad respecto del sujeto a tutela.

Igualmente, la Ley no señala las causas que justificarían el internamiento, en tanto podrían ser evitar un peligro para terceros o la protección del propio afectado. En este último caso, podría tener una finalidad asistencial o terapéutica, si bien respecto a la finalidad terapéutica debería distinguirse entre el internamiento en un centro psiquiátrico para tratar una enfermedad mental o el ingreso en centro hospitalario ordinario para tratar una enfermedad totalmente ajena al trastorno mental. Finalmente, se aporta un esquema que nos facilita la comprensión del trabajo. Debe distinguirse respecto a los sujetos susceptibles de internamiento entre enfermos mentales, deficientes psíquicos, toxicómanos (entre otros); respecto a las causas, según se considere como suficiente la protección de terceros o se considere que la causa haya de ser siempre la protección del afectado y respecto a la finalidad, según sea terapéutica, educativa o asistencial.

III. La profesora Santos Morón realiza un exhaustivo estudio del Derecho comparado en materia de internamiento involuntario, estudio al que dedica el capítulo III, analizando sucesivamente los ordenamientos francés, alemán, inglés e italiano. En el Derecho francés, el internamiento lo es de enfermos mentales y en establecimientos hospitalarios distinguiéndose según si se hace a demanda de un tercero o de oficio. En el primer caso, se tratará de un internamiento terapéutico de persona con problemas mentales no capaz de consentimiento, que requiera cuidados y vigilancia constantes. Se hará en hospital psiquiátrico o unidad psiquiátrica de hospital general cuando la hospitalización sea indispensable para el tratamiento. En este supuesto no se precisa ni autorización judicial ni administrativa, basta con la decisión del médico director del establecimiento de acogida. En el segundo caso, el internamiento de oficio procederá cuando la persona con problemas mentales comprometa el orden público o la seguridad de las personas. Mediará un control meramente administrativo.

En Alemania se distingue entre el internamiento público (*öffentlichrechtliche Unterbringung*) previsto cuando la persona con trastorno mental pueda suponer un peligro para terceros o afectar al orden público, regulado por los distintos *Ländern* y el internamiento civil (*zivilrechtliche Unterbringung*) previsto en el propio BGB en los supuestos de peligro de la propia persona afectada por los trastornos psíquicos. El BGB regula el internamiento dentro de la *Betreuung* o asistencia, figura que ha sustituido a la incapacitación, pudiéndose aplicar a enfermos mentales y deficientes psíquicos. Dicho internamiento se dará en interés del propio afectado para evitar un daño que el mismo pueda causarse o para la práctica de un tratamiento o intervención médica (a raíz de cualquier enfermedad) que él no puede comprender. En todo caso, se establece un control judicial del internamiento.

En el Derecho inglés se prevé dos posibilidades según el internamiento sea para examen o diagnóstico o sea para tratamiento, si bien sólo las personas que padezcan trastornos mentales serán susceptibles de ser internadas coactivamente, no exigiéndose control judicial por bastar con la decisión del director del centro apoyada en dos recomendaciones médicas. En el caso del internamiento para tratamiento, se prevén cuatro posibilidades según el afectado padezca enfermedad mental, deficiencia mental severa, desorden psicótico o deficiencia mental no severa.

Finalmente, en el Derecho italiano, el internamiento de enfermos psíquicos se concibe como una forma de tratamiento sanitario obligatorio, teniendo finalidad terapéutica y carácter excepcional. En el procedimiento para su adopción se distingue entre una fase administrativa y otra judicial, pues el internamiento tiene lugar por resolución del Alcalde, posteriormente convalidada por el juez.

IV. El internamiento previsto en el supuesto de hecho del artículo 763 LEC (casos en los que se requiere autorización judicial), ha de reunir unos caracteres que la autora distingue y analiza en el capítulo IV al tratar el concepto de internamiento. Se trata de tres requisitos. En primer lugar, ha de implicar una privación de la libertad, evidentemente el ingreso de un enfermo en un centro de régimen abierto no exigiría la adopción de medidas especiales. En realidad tales medidas sólo se justifican cuando el internamiento supone la privación de un derecho fundamental como es la libertad. En segundo lugar, debe ser un internamiento que tenga carácter de involuntario, pues se tratará de un internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí. Al respecto señala que podría darse el caso de que un internamiento inicialmente voluntario pero posteriormente forzoso, en este caso sí se necesitaría la autorización judicial.

En tercer lugar, el sujeto afectado por el internamiento debe carecer de capacidad para dar un consentimiento válido. Evidentemente el problema será determinar a partir de qué momento el paciente puede decidir, se considera que el factor delimitador se dará cuando el paciente no perciba la necesidad del tratamiento a que debe ser sometido. Al respecto, la profesora Santos Morón nos aporta un concepto muy útil, esto es la «capacidad natural» distinto a la capacidad de obrar, y definible como la posesión del discernimiento suficiente para entender el significado, alcance y consecuencias de la decisión a adoptar. La posesión de capacidad natural determinará el límite entre el internamiento voluntario y forzoso, pues de no tenerla, aunque el afectado no se oponga el internamiento será no voluntario. Añade la autora que el concepto de capacidad natural nos sirve para resolver el conflicto entre salud y libertad: la intervención del Estado como garante de la salud del individuo sólo se justificaría si el sujeto afectado careciera de capacidad natural para decidir sobre su sometimiento a un determinado tratamiento médico.

V. En el capítulo V se trata el fundamento constitucional del internamiento voluntario. El punto de partida es la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional al señalar que la limitación de un derecho fundamental como la libertad sólo se justifica en la necesidad de protección de otro derecho constitucional u otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. Al buscar un soporte constitucional a esta limitación, distinguiremos según se trate de un internamiento con finalidad terapéutica o asistencial, educativo o con finalidad de proteger a terceros o al propio afectado por su conducta violenta. En el primer caso, la justificación la encontramos en la necesidad de proteger la salud y en general la integridad física y moral del individuo afectado cuando este carece de capacidad de decidir. Si la finalidad es educativa, se tratará de una educación especializada de personas que padecen deficiencias psíquicas, supuesto amparado por el artículo 49 CE, aquí la justificación se encuentra en la promoción del deficiente para que pueda valerse por sí mismo, como medio para lograr su integración y rehabilitación. El tercer supuesto es la privación de libertad por la conducta agresiva del afectado que pudiera suponer un peligro para terceros, supuesto regulado en el Derecho comparado, pero no en nuestro

Derecho vigente. Al respecto, la opinión de la profesora Santos Morón es que en este caso sólo puede ser legítimo el internamiento cuando redunde en beneficio del afectado, por tanto no quedaría justificada una finalidad meramente preventiva y sí una finalidad terapéutica. Termina el capítulo la autora indicando que en todo caso ha de tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el internamiento ha de suponer una privación de la libertad proporcionada al fin perseguido.

VI. En la segunda parte de este libro se analizan los distintos tipos de internamiento a los que les es de aplicación el artículo 763 LEC según la finalidad perseguida. En el capítulo VI se estudian los distintos tipos de internamiento, así como el procedimiento urgente previsto en la Ley. En primer lugar, cabe plantearse si todo tipo de internamiento exigirá de autorización judicial o deberemos discriminar según las causas y finalidades concurrentes. Al respecto, la normativa aplicable (vigente art. 763 LEC, anterior art. 211 CC) ha sido objeto de interpretaciones distintas en el ámbito judicial. Partiendo del texto literal del artículo 211 CC se defendió una interpretación estricta, según la cual la autorización judicial sólo sería necesaria para el internamiento de enfermos mentales en establecimientos psiquiátricos, y por tanto nunca exigible para el internamiento de ancianos en residencias geriátricas ni el de deficientes mentales en centros especializados. Sin embargo, en otras resoluciones judiciales se ha optado por la postura contraria, defendiéndose una interpretación amplia de la norma. Igualmente, la Fiscalía General del Estado se ha manifestado en dicha línea; por último, el propio Defensor del pueblo respecto al ingreso de minusválidos psíquicos considera necesaria dicha autorización.

La doctrina ha señalado que en realidad por establecimiento de salud mental ha de entenderse todo centro que asuma atención de personas que padezcan cualquier tipo de alteración mental y que dentro de las personas que padecen trastornos mentales pueden englobarse tanto el retraso mental, como la demencia presenil, como la demencia senil. Posiciones compartidas por la autora que añade la necesidad de interpretar la norma según la finalidad perseguida –beneficio de la persona afectada en proporcionalidad con el objetivo perseguido–, por lo que la privación de la libertad debe ir acompañada de unas garantías que el procedimiento establecido por el artículo 763 LEC proporciona. Por tanto, se concluye que la autorización judicial deberá aplicarse a todo internamiento en un centro de régimen cerrado (es un internamiento forzoso porque la persona no puede decidir por sí misma) con independencia de la naturaleza del establecimiento, ya sea hospitalaria, asistencial o educativa, siendo igualmente indiferente el que el sujeto afectado sea menor o mayor de edad, incapacitado o no, sometido a patria potestad, tutela, curatela o no. Respecto al procedimiento urgente previsto por la Ley, decir que razones de urgencia pueden justificar el ingreso sin previa autorización judicial, en estos casos es el responsable del centro quien ha de informar al juez en el plazo de veinticuatro horas, y este último decidir sobre la medida en el plazo de setenta y dos horas desde que es informado. Esta medida no será muy factible cuando se trate de un internamiento educativo o asistencial.

VII. El internamiento con finalidad terapéutica es el supuesto básico de la norma que se estudia, objeto de estudio en el capítulo VII, el cual queda estructurado en cuatro partes. La primera referida al alcance del internamiento terapéutico, la segunda a los presupuestos que han de concurrir, la tercera a los sujetos internados y la cuarta a la legitimación activa.

A) Alcance del internamiento terapéutico.—Éste puede definirse como aquel que se lleva a cabo en un establecimiento hospitalario o un centro especializado en el tratamiento de enfermedades mentales, en régimen cerrado, a fin de suministrar tratamiento médico para el trastorno mental padecido por el paciente. En este punto se distinguen fundamentalmente cuatro problemas:

En primer lugar, deberá decidirse si el tratamiento médico lo será exclusivamente para el tratamiento del propio trastorno mental o vendrá referido también al ingreso hospitalario de personas que debido a sus problemas mentales no pueden prestar un consentimiento válido para el tratamiento médico. Por razón de evitar posibles detenciones arbitrarias, se opta por aplicar en ambos supuestos el régimen previsto por el artículo 763 CC. La excepción se dará cuando sea el propio tratamiento el que cause la privación de libertad, una intervención quirúrgica lo puede mantener inmovilizado mucho tiempo, pero no por ello se exigirá la autorización judicial en este caso, al igual que no se exige cuando un paciente se encuentra inconsciente y ha de intervenirle quirúrgicamente.

En segundo lugar, se plantea si la autorización para el ingreso por internamiento terapéutico conlleva una autorización general para todo tipo de tratamiento. En este punto, Santos Morón, partiendo del hecho que la regla general requiere consentimiento del paciente previa información, considera que este consentimiento al carecer el afectado de capacidad natural deberían darlo sus representantes legales, familiares o allegados, dependiendo el caso. Pero, si se tratara de un tratamiento agresivo, afirma que sería conveniente dotarnos de un control añadido, proponiendo una autorización judicial específica al efecto.

En tercer lugar, estudia la imposición de medidas adicionales limitativas del libre movimiento. En este caso, el punto de partida es el estudio de los supuestos previstos en la normativa inglesa, que prevén la privación de libertad de enfermos no internados mediante diversos procedimientos (suministro de sedantes, sujeción a elementos físicos ...). En concreto se plantea la posibilidad de hacer uso de dichas medidas complementarias a un sujeto ya internado. Se opta por una solución muy coherente, deberá ser el juez al dar la autorización quien establezca claramente el alcance de ésta, pues en lo que excediere la misma se requerirá nueva autorización. De emplearse la fórmula general, sólo quedará limitada la salida del edificio.

En cuarto y último lugar, se plantea el tratamiento de personas ingresadas en establecimiento terapéutico de enfermedades físicas cuando éstas sean síntomas o causas del trastorno mental. Sigue aquí la autora las pautas del Derecho inglés, en donde se ha dado una interpretación amplia al concepto de «tratamiento para el desorden mental», por considerar que ciertos tratamientos dirigidos a la prevención de un daño físico forman parte del tratamiento psiquiátrico, supuesto que englobaría casos tales como la anorexia.

B) Presupuestos que deben concurrir para el internamiento terapéutico.—Éstos son fundamentalmente dos. En primer lugar, la privación de libertad. El Tribunal Constitucional ha señalado que dicha privación de libertad ha de ser una medida necesaria para proteger la salud del individuo, indispensable para poner en práctica el tratamiento que necesita el individuo. Debemos distinguir, al respecto, dos momentos, uno primero cuando la privación sea necesaria para hacer el examen y diagnóstico (no puede hacerse extrahospitalariamente), y cuando sea necesaria por el propio tratamiento. En segundo lugar, la medida ha de ser proporcionada al fin perseguido. Debe buscarse un

equilibrio entre ventajas e inconvenientes. No obstante, Santos Morón, señala que no es necesario que se ponga en peligro la vida del afectado, es suficiente que sea una medida necesaria para mejorar la salud del enfermo o evitar su deterioro, cuando no existen otras vías alternativas. Vistos los presupuestos, el problema aquí es determinar si en estos tipos de internamiento podríamos incluir el tratamiento de los efectos psíquicos derivados del consumo de alcohol y drogas. En principio parece que no, pues dichas terapias necesitarían siempre de la colaboración del afectado, sin la cual son totalmente inútiles. Por tanto, no se podrían imponer forzosamente, sin embargo, mediante estos internamientos se podría prevenir un deterioro, conseguir una estabilización y aliviar los síntomas, motivos que llevan a la autora a aceptar esta medida.

C) Sujeto del internamiento.—Será sujeto del internamiento toda persona que sufra deficiencias susceptibles de tratamiento, con independencia de que el trastorno mental padecido acarree el padecimiento de problemas físicos. Se distingue entre tres supuestos. En primer lugar, los enfermos mentales, entre los que pueden englobarse quienes padecen esquizofrenia, psicosis depresiva, trastorno paranoide, demencia senil, Alzheimer, trastornos de la personalidad de tipo psicopático u otros trastornos, como por ejemplo alimentarios o de origen orgánico. En segundo lugar, los deficientes mentales, que aunque sufren un déficit de inteligencia no susceptible de tratamiento médico, pueden ser tratados si sufren trastornos psíquicos. En tercer lugar, los alcohólicos y toxicómanos graves, pues el internamiento puede ser necesario como paso previo para que tomen conciencia de su situación y opten por participar en una terapia de desintoxicación.

D) Legitimación activa.—En este caso distinguiremos según si el internamiento se solicita en procedimiento de incapacitación o de forma aislada. En el primer caso, están legitimados para solicitar el internamiento las personas legitimadas para solicitar la incapacidad (art. 757 LEC). En el segundo caso, que se dará cuando exista un trastorno grave no persistente, la autora distingue según si se solicite al juez en calidad de parte la autorización para llevar a cabo el internamiento, u otros supuestos en los que simplemente se informe al juez o al Ministerio Fiscal de la necesidad de llevar a cabo el internamiento. La cuestión es si puede cualquier persona solicitar el internamiento (v. gr., el psiquiatra del enfermo), Santos Morón considera que sólo lo podrán solicitar sus representantes legales o sus familiares, pues si el incapacitado tuviera suficiente capacidad natural, la decisión sobre el ingreso le correspondería únicamente a él; por tanto, sólo podrán decidir quienes complementen dicha capacidad, o de no estar incapacitado, sus familiares. Finalmente, respecto al internamiento urgente, señalar que el legitimado es el responsable del centro.

VIII. El capítulo VIII versa sobre el internamiento en protección de terceros como modalidad del internamiento terapéutico. La llamada locura en nada es asimilable a la peligrosidad, ningún estudio médico podría realizar tal paralelismo, por ello a priori no puede afirmarse que un enfermo mental haya de ser peligroso. Lo cual no obsta para que en determinados supuestos la persona que sufra trastornos mentales pueda presentar una conducta agresiva. En estos supuestos, el internamiento sólo debería darse cuando fuese una medida indispensable para su tratamiento terapéutico para mejorar su salud mental o evitar su deterioro. Es éste el supuesto típico más característico para utilizar el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 763 LEC, por lo que será normal que el propio facultativo que atiende al paciente solicite su ingreso inmediata-

mente en un centro de salud, para, posteriormente, solicitar el responsable del centro la ratificación de la medida por el juez.

IX. El internamiento como medida asistencial se da cuando un sujeto, sin capacidad natural, afectado de trastornos psíquicos que determinan su incapacidad para decidir por sí mismo necesita de asistencia consecuencia de alguna enfermedad o dolencia de carácter físico, de la avanzada edad de la persona o del propio trastorno psíquico de la persona, el cual se trata en el capítulo IX de la obra. De la definición dada se deduce que no sería el caso de tetrapléjicos, parapléjicos o ancianos que tuviesen capacidad natural o permaneciesen en instalaciones de régimen abierto, y sí el caso de la demencia senil o el Alzheimer. Aquí uno de los principales problemas que se presentan es el de las limitaciones a que pueda estar sujeto el afectado (del derecho a recibir visitas, el mantenimiento de comunicación telefónica o postal, excursiones externas con la familia ...). Aquí debe recordarse la solución dada respecto al internamiento terapéutico, en tanto que el juez deberá especificar el alcance de la privación autorizada y que, de no ser así, la autorización se limitaría a la prohibición de salir del edificio; en todo caso, es dudoso que se pudieran permitir excursiones externas, y sólo en determinados casos podrían justificarse limitaciones extraordinarias (v. gr., en el caso del internamiento terapéutico cuando la persona hubiese pertenecido a una secta de la que se le pretende desvincular).

Respecto a los presupuestos que deben concurrir para que pueda autorizarse este tipo de internamiento, se distingue entre dos. Primero, ha de ser una medida indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados y la asistencia apropiados. Segundo, falta de existencia de alternativa menos gravosa. Finalmente, respecto a las personas legitimadas para solicitar el ingreso, lo serán los representantes legales, familiares o personas con las que conviviese el afectado (según el caso), en otros supuestos cualquier interesado podría poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la pertinencia de la medida.

X. En el último capítulo de esta obra se trata el internamiento con finalidades educativas, el cual corresponderá a personas que padezcan una minusvalía psíquica cuyas consecuencias puedan ser paliadas mediante una educación dirigida a estimular al máximo sus aptitudes y capacidades, para lograr su independencia en lo posible. Respecto a los presupuestos de este internamiento, se señalan los siguientes: la estancia en un establecimiento de régimen cerrado deberá ser indispensable para que la persona afectada pueda recibir una educación y formación. En segundo lugar, debe ser una medida proporcionada, por no existir otra alternativa menos gravosa. Y en tercer lugar, la privación de libertad tendrá por finalidad atenuar las consecuencias del déficit intelectual y adaptativo padecido por la persona a internar. En materia de legitimación se repite el esquema del caso anterior, si bien en este supuesto la autorización judicial prevista por el artículo 271.1 CC en el caso de tutela, debe seguir el procedimiento previsto por el artículo 763 LEC.

En resumen, estamos ante una obra en la que la autora ha vuelto a demostrar su talla investigadora, aportando un libro perfectamente escrito por lo conciso y claro, con una estructura brillante, y un denso contenido que agota la materia. Obra que será referencia ineludible para todo interesado en el estudio del internamiento involuntario.

VV. AA.: *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century. An Agenda for Strengthening Marriage*, ed. Alan J. Hawkins, Lynn D. Wardle and David Orgon Coolidge, Foreword by Linda J. Waite. Westport (Connecticut), London, 2002, 216 pp.

¿Por qué un libro sobre la revitalización del matrimonio? En los últimos años se han disparado alarmas que los responsables de la vida pública no pueden desconocer. La disminución del número de matrimonios, el incremento de las tasas de divorcio con sus secuelas de desestructuración familiar, el aumento de las familias monoparentales y sus consecuencias de pobreza, el elevado número de hijos extramatrimoniales que crecen carentes de la atención y el cuidado paternos ... todo ello manifiesta una crisis que no sólo afecta a la familia, sino que compromete la cohesión de la sociedad y la estabilidad del Estado de bienestar. En realidad, ya la familia aparece en la agenda y en los discursos públicos y, en nuestro país, los partidos políticos se han aprestado a ofrecernos planes de uno u otro color para apoyar una institución de cuya salud depende la misma subsistencia de la sociedad. Pero hay que tener la valentía e independencia de juicio de los editores y coautores de la obra que se presenta para desafiar los tabúes de lo «políticamente incorrecto» y, frente a otras alternativas al uso, proponer precisamente el matrimonio como la solución a todos estos desajustes, como la opción que por servir mejor a los intereses de la sociedad –así lo sugieren los datos empíricos– puede calificarse de preferente.

El libro que se reseña tiene su origen en un Congreso celebrado en la Brigham Young University (Provo, Utah) en marzo de 2000. Su objetivo fue dar respuesta a tres interrogantes: ¿Por qué el matrimonio es una institución especialmente valiosa que continuará beneficiando a las personas y a la sociedad en el siglo XXI? ¿Cómo podrá reforzarse la institución matrimonial en los años venideros? ¿Cuál es el papel de la ley en la conservación y reforzamiento del matrimonio? Los ponentes fueron destacados especialistas americanos en Ciencias sociales y en Derecho de familia, con las excepciones de Rainer Frank (profesor de la alemana Universidad de Friburgo, presidente de la Comisión Internacional del Estado Civil, del *International Social Service* y ex presidente de la *International Society of Family Law*) y Ruth Deech (*Pro-Vice Chancellor* de la Universidad de Oxford y *Principal* del St. Anne's College de la misma Universidad hasta el pasado año), los únicos representantes europeos. Son diecisiete las aportaciones al Congreso que se recogen en el volumen editado por Alan J. Hawkins (Director del Centro de Estudios de la Familia en la Universidad Brigham Young), Lynn D. Wardle (profesor en la J. Reuben Clark Law School de la misma Universidad y actual presidente de la *International Society of Family Law*) y el recientemente fallecido David Orgon Coolidge (director desde 1996 hasta marzo de 2002 del *Marriage Law Project* en la Columbus School of Law de la Catholic University of America). Como Hawkins señala en la introducción, la perspectiva del libro ha querido ser interdisciplinar e institucional. Interdisciplinar, porque si en esta importante cuestión han de adoptarse las soluciones legislativas y políticas adecuadas, es necesario que quienes por su dedicación profesional están próximos a los datos, a la evidencia empírica que resulta de una investigación contrastada, trasladen los resultados de su trabajo a los responsables de éstas. Institucional, porque junto a la tendencia a acentuar los aspectos más íntimos y privados de la relación matrimonial observada en los últimos años, es necesario

también enfatizar como complemento indispensable la dimensión social del matrimonio.

Precede a los *papers* el interesante prólogo de Linda Waite, profesora de Sociología en la Universidad de Chicago y coautora de *The Case of Marriage* (Doubleday, 2000). Ideas como que matrimonio es igual a «papeles», que es importante para los hijos pero no para los cónyuges, que comporta riesgo de violencia para la mujer, que es única y exclusivamente una relación personal, que es bueno para el hombre y malo para la mujer y que el divorcio es la mejor solución si las cosas no marchan incluso cuando hay hijos –afirman «mitos» que no pueden fundamentar ni elecciones personales ni decisiones políticas. La razón es que esos «mitos» no se basan en la realidad, sino en fantasías o ideologías. Un primer paso para revitalizar el matrimonio sería entonces sustituir los «mitos» circulantes por un mejor conocimiento del matrimonio y de sus beneficiosos efectos en los distintos órdenes de la vida (es el tema central de su libro).

Desde la perspectiva del lector español, no todos los trabajos presentan el mismo interés, pero siempre resulta ilustrativo conocer los problemas, las experiencias y las soluciones intentadas en una colectividad que, como la americana, constituye un auténtico laboratorio social. Por su relación con cuestiones que actualmente se debaten en nuestro país, son destacables algunas de las aportaciones de los expertos en Ciencias sociales. Por ejemplo, el trabajo de Robert Lerner y Althea K. Nagai (*Marriage Policy and the Methodology of Research on Homosexual Parenting*, pp. 155-166). Los autores, analistas, estadísticos e investigadores en el *Center for Study of Social and Political Change* en el Smith College de la Universidad de Syracuse, presentan la principal de las conclusiones resultantes de una amplia investigación anterior (*No Basis: What the Same Sex Parenting Studies Don't Tell Us*, Washington, D. C.: Marriage and Law Project, 2001). Lerner y Nagai han analizado cuarenta y nueve estudios publicados, bien como libros, bien como artículos en revistas científicas, y orientados todos ellos de modo más o menos directo a probar que no existen diferencias entre los niños educados por parejas heterosexuales y los educados por parejas homosexuales. Cada uno de estos estudios fue evaluado desde la óptica de su fiabilidad por incorporar los criterios estandarizados que permiten la inferencia de resultados válidos en la investigación científica. La conclusión general es reveladora: los métodos utilizados en estos trabajos contienen serios errores (p. 157). Advierten sobre todo la presencia de uno tan crucial que, por sí mismo, tiene la fuerza de cuestionar la validez científica de los trabajos examinados: los métodos seguidos no permiten la prueba de la llamada *null hypothesis*, es decir, la afirmación de que un resultado es debido al azar y no a una causa sistemática. En el caso, la *null hypothesis* de la que parten los autores de los trabajos estudiados equivale a afirmar que si alguna diferencia se observa entre los niños educados por parejas heterosexuales y los educados por parejas homosexuales se debe a la casualidad y no al hecho de la homosexualidad de los educadores. Pero, como Lerner y Nagai demuestran, la deficiencia del método utilizado implica la imposibilidad de tal afirmación. Así las cosas, concluyen, resulta prematuro e imprudente –porque se carece de la base científica adecuada– asentar en estos estudios modificaciones legislativas de tanta trascendencia como abrir el matrimonio y la adopción a las parejas homosexuales.

Si esto ocurre en Estados Unidos, donde, aunque poco fiables, al menos hay estudios sobre la materia: ¿con qué fundamento se actuará en nuestro

país, en pañales en cuanto a investigaciones serias se refiere? Cualquier medida legislativa en esta línea debe contar con el soporte científico adecuado. Y a falta de este soporte, las modificaciones legales que eventualmente se produzcan podrán conceptuarse –sin paliativos– como manifestación de voluntarismo irracional y de oportunismo político.

Entre los restantes estudios destacan los de Browning, Horn y Popenoe. Browning, profesor de Ética y Ciencias sociales en la Universidad de Chicago y asesor en el *Center of Theological Inquiry* de la Universidad de Princeton (*The Language of Health Versus the Language of Religion: Competing Models of Marriage for the Twenty-First Century*, pp. 29-43), alerta del peligro de caer en el utilitarismo al promover el matrimonio sólo los beneficios personales, económicos y sociales que comporta. Una mejor comprensión del matrimonio pasa necesariamente por la cultura y por su reubicación en el contexto histórico, filosófico y moral que le corresponde. La reconstrucción cultural del matrimonio –dice– debe suponer la recuperación filosófica de los clásicos del matrimonio, incluidos los clásicos del matrimonio religioso, del mundo occidental a la luz de la penetración de las modernas Ciencias sociales. Horn es *Assistant Secretary for Children and Families en el U. S. Department of Health and Human Services* y ex presidente de la *National Fatherhood Initiative*. En su trabajo (*Promoting Marriage as a Means for Promoting Fatherhood*, pp. 101-109) presenta con abundancia de datos una de las más preocupantes –por su poder perturbador y por sus consecuencias– tendencias sociales de nuestra época: el crecimiento sin padre. Aunque como consecuencia del divorcio el matrimonio tampoco ofrece un padre «para toda la vida», lo procura más que cualquiera de las otras soluciones pensables. Los niños necesitan –concluye– madre y padre, y los padres están más dispuestos a involucrarse positivamente en las vidas de sus hijos si están casados con la madre (p. 107). El trabajo de Popenoe es precisamente el que cierra el libro. El título es fiel expresión de su contenido: *A Marriage Research Agenda for the Twenty-First Century: Ten Critical Questions* (pp. 195-205). Su pretensión es suscitar en torno a las cuestiones que propone investigaciones complementarias que, desde distintos ángulos, se acerquen al matrimonio. Sólo así será posible comprender las condiciones sociales, económicas y culturales que en él inciden y determinar las vías más adecuadas para fortalecerlo. David Popenoe es profesor de Sociología en la Universidad de Rutgers, donde codirige el *National Marriage Project*.

Los trabajos de Nock (*The Social Costs of De-Institutionalizing Marriage*), Glenn (*A Plea for Greater Concern About the Quality of Marital Matching*), Parkmann (*Good Incentives Lead to Good Marriages*) y Ooms (*Strengthening Couples and Marriage in Low-Income Communities*) completan la panorámica ofrecida por los especialistas en Ciencias sociales.

Las aportaciones jurídicas se presentan igualmente plenas de interés. Margaret F. Brinig, profesora de la Universidad de Iowa, se sitúa ante el tema de la inserción e interacción de la familia con comunidades más amplias (familia extensa, organizaciones sociales, etc.) planteando el problema, ya conocido en nuestro de país y resuelto en el artículo 160.2 y 3 del Código civil, de la legitimación de los terceros para intervenir en el ámbito familiar y sus límites (*Community Involvement and Its Limits in Marriage and Families*, pp. 15-27). Es, por ejemplo, el tema del derecho de visita de los familiares y allegados de los menores ante la oposición de los padres. O el conflicto, ampliamente difundido por los medios de información, que enfrentó al padre

de Elian González —el niño cubano «balseo»— con parientes más lejanos que querían retenerlo en Estados Unidos cumpliendo así la tácita voluntad de la difunta madre del menor. A su juicio, los terceros podrán invocar solamente un «interés digno de protección». Esgrimir un «derecho» supondría lesión para la autonomía e intimidad familiar y terminaría por debilitar la institución matrimonial.

El trabajo de Shaw Spath presenta la experiencia del Estado de Luisiana donde, desde 1997, está vigente la *Covenant Marriage Law (Why Covenant Marriage May Prove Effective as Response to the Culture of Divorce*, pp. 59-67). La norma, que en el fondo recoge la conocida tesis de Mazeaud, pretende recuperar el elemento de permanencia en el matrimonio y se orienta más a reforzar éste que a dificultar el divorcio. La *Covenant Marriage Law*, en una clara apuesta por el pluralismo, ofrece a los ciudadanos de Luisiana la posibilidad de someter su matrimonio a una regulación restrictiva de la disolubilidad si, por razones prácticas o de respeto a sus convicciones personales, así lo desean. No se hace con ello agravio a nadie, pues quienes lo prefieran pueden acogerse a las normas generales que permiten un fácil recurso al *non-fault divorce*. La nueva norma configura así un sistema de matrimonio indisoluble (en realidad, no del todo) facultativo que sobre respetar las preferencias de muchos responde mejor al demostrado interés de la sociedad (incrementar el número de matrimonios estables). A Luisiana han seguido los Estados de Arizona y Arkansas, con normas similares ya aprobadas. Y variaciones de la *Covenant Marriage Law* se consideran en otros Estados: Alabama, Alaska, California, Georgia, Indiana, Kansas, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, Ohio, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Virginia, Washington y West Virginia. Para Katherine Shaw Spath, correductora del borrador de la norma y profesora en la Universidad Estatal de Luisiana, la oposición al modelo instaurado demuestra la hipocresía del dogma liberal, que, en nombre de la libertad, insiste en las elecciones destructivas —no otra cosa son las consecuencias sociales del divorcio—, a la vez que impide a los ciudadanos elecciones sabias, que sólo a ellos comprometen y redundan en el bien de la sociedad.

Con talante muy crítico, la ponencia de Rainer Frank examina los criterios de algunas legislaciones europeas respecto a la adopción (*Adoption by Unmarried Cohabitants, Same-Sex Couples and Single Persons in Europe*, pp. 121-132). Partiendo del axioma clásico, «la adopción imita la naturaleza» y del insoslayable principio del interés superior del menor pasa revista a algunas soluciones legislativas —incluyendo la normativa autonómica española— que le parecen más que discutibles. Recuerdo, a este propósito, la conversación mantenida en julio de 2000 en su despacho de la Universidad de Friburgo en la que, entre otros extremos, el profesor Frank me confesó su sorpresa ante las propuestas de la legislación navarra. En términos más generales, asume Frank la adopción por solteros. Cuestiona la adopción por parejas heterosexuales no casadas, indicando que el fenómeno en la práctica es marginal, pues generalmente, y como demuestra la ausencia de debate al respecto en los países donde la ley no reconoce esta posibilidad (todos los europeos, excepto España y Holanda), estas parejas normalmente no desean adoptar. Imposible reproducir aquí su argumentación para la matizada crítica de la adopción por parejas homosexuales, en la que distingue la adopción del menor ajeno a la pareja y la adopción del hijo de uno de los miembros de la pareja por el otro. Si la heterosexualidad y la existencia del matrimonio, concluye, no son

prerrequisitos para la adopción, cualquiera –uno, tres o más de igual o distinto sexo en combinaciones variables– podría adoptar: ¿dónde, entonces, situar el límite? A falta de criterios objetivos para establecerlo, sólo cabría el recurso a la convención, voluntarista y con riesgo de dependencia de intereses ajenos al del menor adoptado.

La incidencia de las técnicas de reproducción asistida en el matrimonio y la familia son analizadas por Ruth Deech (*Assisted Reproductive Technology (ART) and the Family: Risk or Revival?*, pp. 133-143). La ley inglesa que, como la española, declara querer contribuir a resolver problemas de esterilidad constituye, a su juicio, una solución excesivamente sofisticada si se tiene en cuenta que actualmente una de las principales causas de la infertilidad es la tardía edad en que se accede al matrimonio. Por otra parte, es evidente que el recurso a estas técnicas, en cuanto abiertas a parejas no casadas y mujeres solas, cuestiona la noción misma de matrimonio y paternidad. Finalmente, y por destacar sólo el enunciado de los problemas, tras detenerse en los interrogantes que suscitan la inseminación artificial y la maternidad subrogada plantea los sobrecogedores riesgos derivados de la clonación reproductiva: peligros para la salud, distorsión del orden de las generaciones (se crea una réplica del «padre/madre» en la generación siguiente), desaparición del padre o de la madre y dependencia de la dotación genética de una sola persona, problemas en las relaciones «familiarès» (¿dominación de quien aportó los genes?), sin descartar la posible discriminación o explotación a que pueden verse sometidas las personas clonadas. «Freedom to reproduce as one wills has never been a universal principle of civilized societies» (p. 133), dice Deech, y la existencia de una ley de técnicas de reproducción asistida no basta por sí misma para legitimar las posibilidades que ofrece.

David Orgon Coolidge ofrece en su *paper* una ponderada crítica de la sentencia *Baker v. Vermont*, pionera en la equiparación del matrimonio con las uniones homosexuales, a los efectos de ofrecer a éstas las consecuencias jurídicas vinculadas a aquél. La argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de Vermont llevada a sus conclusiones lógicas conduce a dar por buena la afirmación –clave del razonamiento del Tribunal– de que «to truly belong to the community... one must be able to marry a person of the same sex» (p. 145). Las consideraciones que suscita esta insólita afirmación constituyen el objeto de *Marriage and Belonging: Reflections on Baker v. Vermont* (pp. 145-153).

El estudio de Wardle tiene en cuenta una peculiaridad jurídica americana que puede, en apariencia, dificultar la tarea de reforzar el matrimonio: el federalismo (*Institutionalizing Marriage Reforms Through Federalism*, pp. 167-175). Significa esto que la competencia en tema de matrimonio y divorcio es estatal y no federal. Frente a quienes desearían rápidas reformas, uniformes y operativas, en todo el territorio de Estados Unidos, se alza la fragmentación legislativa en la materia derivada del reparto de competencias en vigor. Pero, en realidad, el obstáculo se torna en ventaja si, como hace Wardle, se repara en que ello puede favorecer políticas matrimoniales y de familia plurales, más próximas a sus destinatarios, susceptibles de «exportación» si resultan eficaces y respetuosas de la soberanía y capacidades de los distintos Estados de la Unión. Hay que recordar además que la legislación federal influye indirectamente en las materias reservadas a los Estados: en el caso, por vía de preferencia, de la ley federal en supuestos de colisión y por el juego de los derechos fundamentales que actúan como límite de la legislación

estatal. No deja de tener importancia el hecho de que el Congreso haya promulgado una ley protectora del derecho de un Estado para negarse a reconocer un «matrimonio» entre personas del mismo sexo válido en otro y que haya definido el término «matrimonio» en el contexto de las leyes federales como unión heterosexual (p. 169).

Laurence Nolan y Carl E. Schneider, profesores de las Universidades de Howard (Washington D. C.) y Michigan, respectivamente, se muestran más pesimistas en cuanto a las posibilidades del Derecho. Sin negar el papel que las normas jurídicas puedan jugar en la revitalización del matrimonio, consideran que ésta es sobre todo una tarea cultural. Nolan (*The Limits of the Law and Raising a Sentiment for Marriage*, pp. 185-194), a pesar de todo, ofrece sugerencias sobre lo que el Estado puede hacer. Schneider es certero al detectar tendencias culturales que obstaculizan la adhesión al matrimonio: el miedo a las obligaciones y el temor a la dependencia (*Fixing the Family: Legal Acts and Cultural Admonitions*, pp. 177-183). Quizá habría que completar sus apreciaciones señalando, junto a su fuerza normativa, el papel educativo de la ley que en el contexto en que sitúan su argumentación tiene amplia cabida.

Estamos ante un libro atrevido, riguroso y sorprendente. Atrevido por sus propuestas a «contra corriente». Riguroso por la seriedad de su soporte científico y bibliográfico. Sorprendente ... quizá sólo para el público español, pues, en países más pragmáticos que el nuestro, el matrimonio viene siendo objeto de estudios que, a la vista de las consecuencias sociales de su desprestigio en la cultura y su deterioro en las leyes, proponen medidas constructivas. *Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century* es uno de ellos. Presenta hechos, ideas, argumentos y sugerencias que, si no compartidos en su totalidad, al menos merecen ser pensados.

Regina GAYA SICILIA
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque. 6. Derecho concursal.–III. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–IV. *Derecho de la Unión Europea*.–V. *Derecho procesal*.–Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ALBIEZ DOHRMANN, K. Mochen: «La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», en *RDP*, marzo 2002, pp. 187 ss.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María: «La nueva Administración electrónica y las notificaciones efectuadas por medios telemáticos», en *RJN*, núm. 32, 2001, pp. 77 ss.

ARROYO AMAYUELAS, Esther: «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1511 ss.

BLASCO GARCÓ, Francisco de P.: «Funciones y eficacia de la norma jurisprudencial», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 185 ss.

CAMPOS SÁNCHEZ-BARDONA, Manuel: «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II)», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 319 ss.

CATALÀ I BAS, Alexandre H.: «Justicia y medios de comunicación. Una fuente permanente de conflictos», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 713 ss.

- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro Civil», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1367 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Sistemática e *ius civile* en las obras de *Quintus Mucius Scaevola* y de *Accursio*», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 57 ss.
- GARCÍA GÁRATE, Alfredo: «La incidencia de las recientes reformas legislativas en la ejecución de las resoluciones canónicas», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 81 ss.
- GARCÍA MANZANO Pablo: «Vinculación a la jurisprudencia constitucional», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 259 ss.
- LAPORTA, Francisco J.: «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 133 ss.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: «Propuesta de reforma del título preliminar de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2002, pp. 1125 ss.
- MARTÍN CASALS, Miquel: «El Codi Civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 633 ss.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «La supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 2002, pp. 1325 ss.
- MARTÍNEZ MOYA, Juan: «La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los Juzgados de instancia», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 473 ss.
- NIETO, Alejandro: «Visión doctrinal de la jurisprudencia», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 109 ss.
- O'CALLAHAN, Xavier: «Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 383 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil europeo?», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2002, pp. 1163 ss.
- PECES MORATE, Jesús Ernesto: «Valor de la jurisprudencia», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 15 ss.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 283 ss.
- SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, Federico Carlos: «La jurisprudencia desde la práctica forense», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 153 ss.
- SÁNCHEZ UGENA, Joaquín: «La recepción de la jurisprudencia por los Tribunales colegiados y unipersonales», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 447 ss.
- TRILLO TORRES, Ramón: «Efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 237 ss.

VAQUER ALOY, Antonio: «La vocación europea del Derecho Civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo», en *La Ley*, 2002-3, D-119.

DERECHO DE LA PERSONA

ALPA, Guido: «El derecho subjetivo al medio ambiente salubre: ¿“nuevo derecho” o expediente técnico?», en *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 413 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El artículo 14 de la Constitución en la aplicación de la ley por los tribunales», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 55 ss.

DÍAZ ALABART, Silvia: «El derecho de asociación de los menores», en *RDP*, septiembre 2002, pp. 613 ss.

DÍAZ FRAILE, Juan María: «Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro Civil», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1367 ss.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús: «Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil durante el año 2001», en *Actualidad Civil*, núm. 27, 2002, pp. 901 ss.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña: «La autotutela», en *Actualidad Civil*, núm. 41, 2002, pp. 1275 ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «Tutela judicial efectiva de los particulares y legitimación para impugnar directamente actos normativos comunitarios», en *La Ley*, 2002-4, D-173.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «El matrimonio del transexual (I) (Planteamiento y análisis jurisprudencial)», en *RDP*, julio-agosto 2002, pp. 517 ss.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel, y VARGAS VASSEROT, Carlos: «Autorización judicial y enajenación de participaciones sociales de titularidad de menores o incapacitados: posible necesidad de autorización judicial», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 239 ss.

LETE DEL RÍO, José Manuel: «Internamiento por razón de trastorno psíquico» en *Actualidad Civil*, núm. 43, 2002, pp. 1305 ss.

LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier: «Reflexiones en torno a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 31 de enero de 2001 sobre el derecho al matrimonio del transexual», en *RPJ*, núm. 63, 2001, pp. 211 ss.

PRADOS PÉREZ, Elisa: «¿Tienen condición de ámbito doméstico las habitaciones de un hotel? Consideraciones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero», en *La Ley*, 2002-3, D-107.

RAIMÚNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2002, pp. 1235 ss.

- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Publicidad de los datos personales incluidos en los registros de accionistas», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 77 ss.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español», en *La Ley*, 2002-4, D-164.
- ROIG, Antoni: «La protección de las bases de datos personales. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 453 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Libertad de expresión y de información. Delimitación y caracteres», en *La Ley*, 2002-3, D-116.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús: «El voluntariado y las organizaciones de voluntariado *secundum legem*», en *RDP*, julio-agosto 2002, pp. 570 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos, y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Autorización judicial y enajenación de participaciones sociales de titularidad de menores o incapacitados: posible necesidad de autorización judicial», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 239 ss.

PERSONA JURÍDICA

- DÍAZ ALABART, Silvia: «El derecho de asociación de los menores», en *RDP*, septiembre 2002, pp. 613 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Fundación instituida en testamento y constituida formalmente con posterioridad. Adquisición de inmuebles vacantes por el Estado. Prescripción extintiva de la acción de petición de herencia. Posesión necesaria para la usucapión ordinaria y extraordinaria (Comentario a la STS de 18 de octubre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 351 ss.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Unas notas en torno a la asociación. En especial, la nueva Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2125 ss.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «Cooperativa de viviendas. Incumplimiento del contrato de ejecución de obras con suministro de materiales celebrado con empresa constructora. Disolución de la Cooperativa. Responsabilidad de los cooperativistas copromotores del coste de sus viviendas de protección oficial (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 91 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La cesión en garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional», en *RDP*, abril 2002, pp. 316 ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «La personalidad jurídica de la sociedad civil según la nueva doctrina de la DGRN», en *La Ley*, 2002-3, D-84.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil», en *La Ley*, 2002-3, D-98.

- TORRELLES TORREA, Esther: «La constitución mortis causa de una fundación (en torno a la herencia deferida a una fundación en proceso de formación)», en *RDP*, abril 2002, pp. 275 ss.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «La personalidad jurídica de la sociedad civil externa. Estudio comparativo de los ordenamientos español y alemán», en *La Ley*, 2002-4, D-124.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?», en *La Ley*, 2002-3, D-95.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables», en *RDP*, enero 2002, pp. 3 ss.
- «La anulación de la transacción por falsedad de documentos anteriores o descubrimiento de nuevos», en *RDP*, junio 2002, pp. 441 ss.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. Mochen: «La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», en *RDP*, marzo 2002, pp. 187 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «El Tribunal Supremo anula buena parte del Reglamento del Registro de condiciones generales», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 247 ss.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una Administración pública: jurisdicción competente (contraste —¿o coincidencia?— entre “concepto” e “intereses”?)», en *La Ley*, 2002-4, D-170.
- AVILÉS MUÑOZ, Mariano: «Utilización de fármacos: desde el consentimiento a la responsabilidad contractual», en *La Ley*, 2002-4, D-108.
- BARRERA HERNÁNDEZ, Armando: «La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM», en *La Ley*, 2002-3, D-72.
- BECH SERRAT, Josep Maria: «Responsabilidad contractual del organizador de viajes combinados por accidentes en excursiones facultativas», en *La Ley*, 2002-2, D-57.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La responsabilidad de los analistas de inversiones», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 7 ss.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a Amalia: «Nulidad de los preceptos ilegales del Reglamento del Registro de condiciones generales: las Sentencias del TS (Sala 3.^a) de 12 y 17 febrero 2002», en *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 133 ss.
- BOURGES, Leticia A.: «La interpretación de la Directiva 85/373/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos según la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *GJ*, núm. 222, 2002, pp. 32 ss.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La responsabilidad civil por los daños sufridos por los usuarios de autopistas de peaje en la jurisprudencia», en *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 91 ss.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura: «Obligación de no hacer y competencia judicial internacional (la STJCE de 19 de febrero 2002, Besix VS Wabag Plagof y sus consecuencias)», en *La Ley*, 2002-3, D-117.

CARRASCO PERERA, Ángel: «Arrendamiento de obra: responsabilidad por vicios constructivos. Ruina: defectos superiores a las imperfecciones corrientes: pavimento antiestético. Legitimación pasiva como promotor de la Comunidad Autónoma subrogada en las obligaciones que correspondían al Instituto para la Promoción Pública de la Vivienda (Comentario a la STS de 22 de junio de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 259 ss.

CASTILLA BAREA, Margarita: «Responsabilidad extracontractual del empresario por los daños ocasionados por sus trabajadores declarados en huelga. Posible consideración de la huelga como caso fortuito o fuerza mayor no acogida en la sentencia. Obligación del depositario de restituir el objeto del depósito. Responsabilidad por incumplimiento de un contrato mixto de depósito y suministros a la que se alude, pero que no se establece (Comentario a la STS de 14 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 49 ss.

CHAMORRO POSADA, Manuel: «La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 235 ss.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Simulación relativa. Inexistencia de causa. Ilícitud de causa por violación de derechos legítimos. Irrelevancia del motivo ilícito concurrente sólo en una de las partes contratantes. Composición del caudal a efectos de legítima. Irrelevancia de las normas protectoras de la legítima sobre la libre disposición de los bienes propios por parte del causante durante la vida de éste (Comentario a la STS de 11 de diciembre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 421 ss.

DÍAZ VALES, Fernando: «La negligencia como factor de imputación de la responsabilidad contractual de abogados y procuradores: quince años de jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 38, 2002, pp. 1213 ss.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Pacto de indemnización por resolución ad nutum de Consejero delegado-Gerente por la sociedad anónima. Preaviso: incumplimiento del mismo. Consecuencias jurídicas derivadas de dicho incumplimiento (Comentario a la STS de 9 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 191 ss.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 251 ss.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio: «El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario», en *La Ley*, 2002-3, D-99.

- ESCOLANO NAVARRO, José Javier: «Limitaciones al dominio en las viviendas con préstamo cualificado a la luz del RD 115/2001», en *RJNot*, núm. 41, 2002, pp. 81 ss.
- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «¿Rescisión de donaciones realizadas en fraude de acreedores?: el art. 643 del Código Civil», en *RDP*, marzo 2002, pp. 248 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria: «El comercio internacional compensado: reglas y prácticas», en *DN*, núm. 147, 2002, pp. 37 ss.
- «Reglas de competencia internacional en el ámbito de la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos», en *La Ley*, 2002-4, D-134.
- EVANGELIO LLORCA, Raquel: «La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1301 ss.
- FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia: «La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 61 ss.
- FEMENÍA LÓPEZ, Pedro J.: «Responsabilidad por vicios o defectos de la construcción. Sometimiento a arbitraje (Comentario a la STS de 19 de junio de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 245 ss.
- FONS RODRÍGUEZ, Carolina: «La cláusula penal moratoria incorporada al contrato de arrendamiento de obra: interpretación jurisprudencial», en *La Ley*, 2002-4, D-133.
- FONT I RIBAS, Antoni: «El conflicto entre els noms de domini i els signes distintius», en *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 469 ss.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Compraventa y futuras legítimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2002, pp. 1253 ss.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando: «La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español», en *DN*, núm. 148, 2002, pp. 148 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «La intimidación en los contratos (estudio jurisprudencial)», en *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 117 ss.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: «Resolución por impago del precio: institucional, por pacto comisorio y por condición resolutoria. Consideración especial del caso de venta de varias fincas por un solo precio», en *La Ley*, 2002-4, D-149.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Indemnización de las lesiones sufridas por la caída del ascensor al que subieron los demandantes. Condena a la comunidad de propietarios titular del aparato y a la empresa encargada de su mantenimiento (Comentario a la STS de 25 de octubre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 363 ss.

- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «La falsedad documental y el crédito documental», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 231 ss.
- GUISADO MORENO, Ángela: «El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 28 ss.
- HURTADO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 799 ss.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «Validez y oponibilidad de la cláusula de compensación convencional (*netting by close-out*) en el contrato de permuta financiera», en *RGLJ*, núm. 4, 2001, pp. 829 ss.
- INIESTA DELGADO, Juan José: «Falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana de los interventores de la suspensión de pagos y del suspenso. Funciones de los interventores de la suspensión de pagos: actuación de éstos en defensa de la masa (Comentario a la STS de 3 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 173 ss.
- JANER TORRENS, Joan David: «La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales», en *RDCE*, núm. 11, 2002, pp. 155 ss.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: la construcción del régimen jurídico de los daños ambientales», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 275 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 831 ss.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «Cooperativa de viviendas. Incumplimiento del contrato de ejecución de obras con suministro de materiales celebrado con empresa constructora. Disolución de la Cooperativa. Responsabilidad de los cooperativistas copromotores del coste de sus viviendas de protección oficial (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 91 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La cesión en garantía de créditos sociales derivados de la pertenencia a una sociedad civil de ejercicio profesional», en *RDP*, abril 2002, pp. 316 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «El convenio privado de realización de bienes del artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-3, D-79.
- LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos: «El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999», en *DN*, núm. 148, 2002, pp. 1 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Transferencia bancaria. Litisconsorcio pasivo necesario. Legitimación activa del beneficiario frente al banco ordenante de la transferencia. Estipulación a favor de tercero (Comentario a la STS de 16 de febrero de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 17 ss.

- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Responsabilidad del fabricante y distribuidor por daños causados al consumidor. Exoneración de los mismos y condena del suministrador. Producto defectuoso y defecto de información. Calificación de responsabilidades (Comentario a la STS de 22 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 215 ss.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Jesús: «La regulación del contrato de aparcamiento», en *La Ley*, 2002-4, D-160.
- LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica, y MATEU DE ROS, Rafael: «La Circular 3/2001 del Banco de España, y los contratos bancarios electrónicos», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 7 ss.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo: «El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 1011 ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco de: «La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Inversiones española en el exterior. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas», en *RJNot*, núm. 41, 2002, pp. 93 ss.
- LUNA SERRANO, Agustín, y MOZOS, José Luis de los: «Academia de iusprivatistas europeos de Pavía "Código Europeo de Contratos" (Anteproyecto)», en *RGLJ*, núm. 4, 2001, pp. 713 ss.
- MARCO MOLINA, Juana: «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2275 ss.
- MARCOS, Francisco: «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 22 ss.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael: «La autonomía de la voluntad en el crédito documentario irrevocable», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía (Comentario a la STS de 26 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 147 ss.
- MARIÑO LOPEA, Andrés: «La regulación del contrato de adhesión en la ley uruguaya de Relaciones de Consumo. Estudio en referencia a la normativa comunitaria europea y del Mercosur y a las leyes argentina y brasileña», en *RDP*, abril 2002, pp. 293 ss.
- MARRERO XENES, Minerva; PÉREZ-GALLARDO, Leonardo B., y RODRÍGUEZ SERRANO, Kendra: «De la designación de beneficiario en los seguros sobre la vida», en *RDP*, febrero 2002, pp. 91 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Cláusula penal o cláusula abusiva», en *La Ley*, 2002-3, D-71.

- MATEU DE ROS, Rafael, y LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO, Mónica: «La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 7 ss.
- MERINO MERCHÁN, José F.: «El arbitraje en la nueva Ley de Marcas», en *La Ley*, 2002-3, D-96.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1433 ss.
- MONTERRAT VALERO, Antonio: «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC», en *La Ley*, 2002-3, D-100.
- MOZOS, José Luis de los: «La regulación del contrato y el problema de la causa», en *RJNot*, núm. 41, 2002, pp. 202 ss.
- MOZOS, José Luis de los, y LUNA SERRANO, Agustín: «Academia de iusprivatistas europeos de Pavia "Código Europeo de Contratos" (Anteproyecto)», en *RGLJ*, núm. 4, 2001, pp. 713 ss.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «La protección de los consumidores en la Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turnos», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 115 ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.^a Dolores: «Tipos de patrocinio publicitario y relaciones con otras figuras», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 2002, pp. 1337 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Contagio de sida por transfusión sanguínea posterior a cesárea. Deber de información de los peligros y alternativas de la transfusión. Cuantificación del daño. Daños sufridos por terceros. Indemnización de daños futuros (Comentario a la STS de 17 de octubre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 325 ss.
- PAZ-ARES, Cándido, y SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- PEGUERA POCH, Miquel: «El sistema d'exempcions de responsabilitat dels proveïdors de serveis d'internet (ISP)», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 687 ss.
- PÉREZ-GALLARDO, Leonardo B., MARRERO XENES, Minerva y RODRÍGUEZ SERRANO, Kendra: «De la designación de beneficiario en los seguros sobre la vida», en *RDP*, febrero 2002, pp. 91 ss.
- PLANA ARNALDOS, María del Carmen: «Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2079 ss.
- POVEDA GÓMEZ, Pedro: «La reparación de los daños ambientales mediante instrumentos de responsabilidad civil. Contenido general del anteproyecto de ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 333 ss.
- RODRÍGUEZ SERRANO, Kendra; PÉREZ-GALLARDO, Leonardo B., y MARRERO XENES, Minerva: «De la designación de beneficiario en los seguros sobre la vida», en *RDP*, febrero 2002, pp. 91 ss.

- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «En torno a la responsabilidad civil de los padres (A propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2391 ss.
- ROUANET MOTA, Emilio: «Responsabilidad por vicios y defectos constructivos tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación», en *Actualidad Civil*, núm. 30, 2002, pp. 997 ss.
- «Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o *claims made*», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 2002, pp. 1261 ss.
- «Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruínógeno», en *RDP*, junio 2002, pp. 477 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Acción pauliana instada por cofiadores contra contratos de los deudores principales previos al pago hecho por los cofiadores. Acción de relevación. Subrogación por pago. Estructura de la fianza. Legitimación activa de la acción pauliana. Fecha de los actos revocables. “Subsidiariedad” de la acción pauliana. Simulación y fraude de acreedores. Naturaleza de la sentencia de casación (Comentario a la STS de 5 de diciembre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 407 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Cessió de finca o d’edificabilitat a canvi de construcció futura. Aproximació a la seva regulació a la Llei 23/2001», en *RJC*, núm. 1, 2003, pp. 9 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, y PAZ-ARES, Cándido: «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- SALELLES, José Ramón: «Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1225 ss.
- SÁNCER PELEGRINA, José A.: «Interpretación del contrato de seguro en los casos de no coincidencia entre las condiciones particulares y las condiciones generales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2002)», en *Actualidad Civil*, núm. 23, 2002, pp. 881 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Responsabilidad por daños causados al consumidor de un producto alimenticio defectuoso. Aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Condena solidaria al productor y al dueño del establecimiento en el que se sirvió el producto defectuoso (Comentario a la STS de 24 de julio de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 271 ss.
- SÁNCHEZ GIMENO, Sergio: «Los contratos –civiles o laborales– de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1461 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La cuenta corriente y la transferencia bancarias (Observaciones a sus aspectos más discutidos)», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 103 ss.
- TALLADA I D’ESTEVE, Felip: «Comentaris dels nous contractes de cesio de dret d’ús privatiu de les aigües», en *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 437 ss.

- TENA ARREGUI, Rodrigo: «Contenido del contrato, facultades del titular del derecho y publicidad registral en la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 95 ss.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier: «Seguro de vida. Designación de beneficiarios. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2000», en *RDP*, enero 2002, pp. 76 ss.
- TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2002, pp. 1009 ss.
- VEIGA COPO, Abel Benito: «La ejecución del art. 1872 del Código Civil, la subasta notarial y el pacto comisorio», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 139 ss.
- «La contratación electrónica del seguro», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 653 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Error obstativo o en la declaración, determinante de nulidad radical del negocio. Legitimación para el ejercicio de la acción: corresponde a los terceros perjudicados, a quienes no afecta la limitación que para instar la anulabilidad del contrato establece el artículo 1302 del Código Civil (Comentario a la STS de 10 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 131 ss.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», en *DN*, núm. 144, 2002, pp. 1 ss., y *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 67 ss.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «La responsabilidad civil de las empresas tabaqueras», en *La Ley*, 2002-3, D-75.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: «Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1185 ss.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: «La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1485 ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad», en *Actualidad Civil*, núm. 37, 2002, pp. 1195 ss.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: «Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 15 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de marcas», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1425 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho de autor: derecho de paternidad y derechos de explotación de obra creada antes de la entrada en

- vigor de la Ley 22/1987, de propiedad intelectual; cuantificación de la indemnización por daños morales y por daños materiales (Comentario a la STS de 5 de octubre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 311 ss.
- CALVO SAN JOSÉ, M.: «La acción negatoria de servidumbre», en *RDP*, abril 2002, pp. 330 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 9 ss.
- CHAMORRO POSADA, Manuel: «La capitalización de los intereses para el devengo de intereses moratorios en la constitución de la hipoteca», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 235 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «La valoración jurisprudencial de los aprovechamientos mineros», en *RDU*, núm. 197, 2002, pp. 69 ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *RCDI*, núm. 673, 2002, pp. 1851 ss.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Nociones básicas en torno a la confianza», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 901 ss.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El crédito refaccionario en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998. Estudio especial a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001», en *RCDI*, núm. 673, 2002, pp. 1671 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «División de comunidad ordinaria existente sobre un edificio. Requisitos jurisprudenciales de aplicabilidad del artículo 401.2.º CC; en particular, la correspondencia entre las cuotas en la comunidad ordinaria y las cuotas de participación de cada una de las viviendas adjudicadas. Venta en pública subasta de la totalidad del inmueble al considerarse indivisible. Posibilidad o no de poner fin a la situación de indivisión adjudicando una de las viviendas a uno de los propietarios y vendiendo en subasta pública las otras (Comentario a la STS de 1 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 27 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Fundación instituida en testamento y constituida formalmente con posterioridad. Adquisición de inmuebles vacantes por el Estado. Prescripción extintiva de la acción de petición de herencia. Posesión necesaria para la usucapión ordinaria y extraordinaria (Comentario a la STS de 18 de octubre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 351 ss.
- «Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 251 ss.
- ESCOLANO NAVARRO, José Javier: «Limitaciones al dominio en las viviendas con préstamo cualificado a la luz del RD 115/2001», en *RJNot*, núm. 41, 2002, pp. 81 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Exposición de la naturaleza de los derechos de propiedad industrial», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 11 ss.

- «Incidencia de los pronunciamientos de la Oficina Europea de Patentes en la jurisprudencia europea», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 43 ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: «Dos rasgos característicos de la Ley de Marcas de 2001», en *La Ley*, 2002-4, D-120.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 193 ss.
- FIGUERAS DACAL, Manuel: «La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1239 ss.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita: «Concepto y configuración del *ius enphyteuticum* justiniano», en *RDP*, marzo 2002, pp. 207 ss.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «*Ius aedificandi* y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000. STS 164/2001 y leyes regionales posteriores», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 11 ss.
- GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: «El embargo y los terceros. El principio de determinación registral y el artículo 613.3 de la nueva LEC 1/2000», en *La Ley*, 2002-2, D-59.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, Juan: «Los estatutos y las normas de régimen interior», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 11 ss.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Adopción de acuerdos de la junta de propietarios en la propiedad horizontal», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 39 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Prescripción adquisitiva: buena fe y justo título. Usucapión *contra tabulas*. (Comentario a la STS de 28 de diciembre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 429 ss.
- IGLESIA MONJE, Isabel de la: «El nuevo derecho de superficie del futuro e inminente Código Patrimonial catalán», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1405 ss.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 831 ss.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «Aproximación al régimen jurídico de los dibujos y modelos industriales en Derecho comunitario», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 843 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «Extensión y ámbito de protección de la patente. La patente como derecho negativo», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 81 ss.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier: «El retracto legal en el Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 949 ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco de: «La nueva regulación de las inversiones exteriores. Inversiones extranjeras en España. Inversiones españolas en el exterior. Adquisición de inmuebles en zonas estratégicas», en *RJNot*, núm. 41, 2002, pp. 93 ss.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía. (Comentario a la STS de 26 de abril de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 147 ss.
- MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos: «Los nuevos procesos de división de patrimonios; en especial el proceso de liquidación del régimen económico del matrimonio (arts. 782 a 811 LEC 1/2000)», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 233 ss.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel: «La tutela de la marca no registrada. La experiencia italiana en materia de protección de la marca preusada en un ámbito local», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 825 ss.
- MAS BADÍA, M.^a Dolores: «Derecho de uso. Posibilidad de constituir un derecho real de uso de una piscina a favor de una comunidad de propietarios. Tipicidad o atipicidad del derecho. Alcance de la referencia del artículo 523 CC al título constitutivo, en relación con la cuestión de los límites de la autonomía privada en la creación de derechos reales atípicos (Comentario a la STS de 26 de julio de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 283 ss.
- MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: «El derecho de autor de las obras cinematográficas: una visión de conjunto», en *Actualidad Civil*, núms. 47-48, 2002, pp. 1387 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «La función económica de los sistemas registrales», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 875 ss.
- MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: «El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1433 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a: «El concepto de privación ilegal del artículo 464 CC. Comentario a la STS de 22 enero 2002 (RJ 2002, 21)», en *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 409 ss.
- MONTERRAT VALERO, Antonio: «La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC»; en *La Ley*, 2002-3, D-100.
- MUNAR BERNAT, Pedro A.: «La protección de los consumidores en la Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turnos», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 115 ss.
- NADAL GÓMEZ, Irene: «Las vías de impugnación de la calificación del registrador de la propiedad», en *La Ley*, 2002-4, D-168.
- NASARRE AZNAR, Sergio, y STÖCKER, Otmar: «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 915 ss.

- OTERO LASTRES, José Manuel: «La nueva Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 663 ss.
- OSTOS MOTA, M.^a Jesús: «Competencia objetiva y funcional según el artículo 1252 de la Ley 111/1986, de 20 de marzo, de Patentes: Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2001», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2002, pp. 1177 ss.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «El nuevo Derecho español de marcas (Comentarios a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y a su Reglamento ejecutivo aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio)», en *DN*, núm. 147, 2002, pp. 1 ss.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Delimitación del concepto jurídico de monte», en *Actualidad Civil*, núm. 46, 2002, pp. 1365 ss.
- PÉREZ PUEYO, M.^a Anunciación: «La protección jurídica de los programas de ordenador: Una visión desde la legislación española», en *RPJ*, núm. 64, 2001, pp. 367 ss.
- PLANA ARNALDOS, María del Carmen: «Transmisión del dominio en los contratos de cesión de solar a cambio de obra futura», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2079 ss.
- PUNTE DE ALFARO, Fernando de la: «La eficacia de los derechos reales, con especial atención a la hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el condado de Dane, Wisconsin», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2191 s.
- REALES ESPINA, Juan Ignacio: «La garantía del crédito por los gastos comunitarios del artículo 9.1 e) de la LPH ¿un supuesto de hipoteca legal tácita?», en *Actualidad Civil*, núm. 29, 2002, pp. 979 ss.
- ROBLES VELASCO, Luis Mariano: «*Instrumenta, notarius* y publicidad; su relación con la hipoteca en el Derecho post-clásico y justiniano», en *RCDI*, núm. 673, 2002, pp. 1885 ss.
- STÖCKER, Otmar, y NASARRE AZNAR, Sergio: «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pp. 915 ss.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «Contenido del contrato, facultades del titular del derecho y publicidad registral en la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 95 ss.
- TORRES LANA, José Ángel: «La regulación de los complejos inmobiliarios privados en la Ley de Propiedad Horizontal», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 63 ss.
- VEIGA COPO, Abel Benito: «La ejecución extrajudicial de la prenda y la regularidad en las subastas notariales (a propósito de la STS de 21 noviembre 2000 [RJ 2000, 9312])», en *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 49 ss.
- VELASCO NIETO, Carlos E.: «Los requisitos de patentabilidad I», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 65 ss.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La construcción extralimitada: revisión jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 673, 2002, pp. 1793 ss.

ZAFORTEZA FORTUNY, Mariano: «El desistimiento unilateral en el contrato relativo a derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico», en *EDC*, núm. 33, 2000, pp. 173 ss.

DERECHO DE FAMILIA

ABASCAL MONEDERO, Pablo José: «La liquidación del régimen económico matrimonial como operación previa a la partición de la herencia», en *RDP*, mayo 2002, pp. 409 ss.

ALGABA ROS, Silvia: «La falta de la *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial y la función creativa de la jurisprudencia», en *La Ley*, 2002-3, D-81.

ALONSO HERREROS, Diego: «Algunas consideraciones sobre los Registros de uniones civiles de hecho», en *RDP*, marzo 2002, pp. 228 ss.

BADENAS CARPIO, Juan Manuel: «Notas a la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 2002, pp. 965 ss.

CAÑIVANO, Miguel Ángel: «El “covenant marriage” como alternativa a las “no-fault divorce laws”: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *RDP*, febrero 2002, pp. 166 ss.

CORDERO CUTILLAS, Iciar: «Algunas precisiones en torno a la regulación de las uniones de hecho en las Leyes de Valencia, Madrid y Principado de Asturias», en *Actualidad Civil*, núms. 47-48, 2002, pp. 1421 ss.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña: «Investigación de la paternidad (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 27 de noviembre de 2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 2002, pp. 1095 ss.

FERRER RIBA, Joseph: «Atribución judicial de la guarda y custodia de una menor de edad a sus abuelos maternos: carácter temporal y revisable de la medida. Disociación de la guarda asignada a los abuelos y el ejercicio de la patria potestad correspondiente a la madre. Derechos de comunicación y visita de los padres: posibilidad de fijarlos en ejecución de sentencia (Comentario a la STS de 29 de marzo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 71 ss.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «El matrimonio del transexual (I) (Planteamiento y análisis jurisprudencial)», en *RDP*, julio-agosto 2002, pp. 517 ss.

HERNÁNDEZ RUEDA, Nuria: «Notas acerca del sistema de responsabilidad por deudas contraídas por un cónyuge comerciante en el ámbito de la sociedad de gananciales», en *Actualidad Civil*, núm. 33, 2002, pp. 1065 ss.

LAMARCA I MARQUÈS, Albert: «Règim econòmic dels matrimonis catalans celebrats entre el 29/12/1978 i el 6/11/1990, de l'art. 9.2 CC en la redac-

- ció anterior a la Llei 11/1990, de 15 d'octubre», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 737 ss.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Naturaleza y proyección del grupo familiar extenso. Relaciones intergeneracionales», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2405 ss.
- LÓPEZ GALIACHO PERONA, Javier: «Reflexiones en torno a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 31 de enero de 2001 sobre el derecho al matrimonio del transexual», en *RPJ*, núm. 63, 2001, pp. 211 ss.
- MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos: «Los nuevos procesos de división de patrimonios; en especial el proceso de liquidación del régimen económico del matrimonio (arts. 782 a 811 LEC 1/2000)», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 233 ss.
- REYES GALLUR, Juan José: «Disposiciones generales de los procesos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-3, D-106.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «En torno a la responsabilidad civil de los padres (A propósito de una sentencia de 13 de noviembre de 2000)», en *RCDI*, núm. 674, 2002, pp. 2391 ss.
- SÁNCER PELEGRINA, José Antonio: «Estudio del ámbito de aplicación y competencia en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial a la luz de la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 2002, pp. 1049 ss.
- «Análisis de la formación de inventario y de la liquidación como fases del nuevo proceso liquidatorio de los regímenes económicos matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2002, pp. 1107 ss.
- SASTRE PELÁEZ, Antonio José: «Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica», en *La Ley*, 2002-2, D-43.
- VERDERA SERVER, Rafael: «El *dies a quo* en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por el marido: *Codi de Família* y Código Civil», en *RDP*, mayo 2002, pp. 349 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ABASCAL MONEDERO, Pablo José: «La liquidación del régimen económico matrimonial como operación previa a la partición de la herencia», en *RDP*, mayo 2002, pp. 409 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «El derecho de labrar y poseer, propuestas para su reforma», en *Actualidad Civil*, núm. 35, 2002, pp. 1133 ss.
- El trabajo plantea determinados criterios para actualizar el llamado derecho de labrar y poseer. Se trata de una institución consuetudinaria gallega, orientada a preservar la integridad del patrimonio familiar, mediante un mecanismo sucesorio que permite al titular del derecho elegir a aquel de sus descendientes que habrá de sucederle en la titularidad de la jefatura doméstica.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: «Simulación relativa. Inexistencia de causa. Ilícitud de causa por violación de derechos legítimos. Irrelevancia del motivo ilícito concurrente sólo en una de las partes contratantes. Composición del caudal a efectos de legítima. Irrelevancia de las normas protectoras de la legítima sobre la libre disposición de los bienes propios por parte del causante durante la vida de éste (Comentario a la STS de 11 de diciembre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 421 ss.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «Distribución de toda la herencia en legados», en *Actualidad Civil*, núm. 25, 2002, pp. 827 ss.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: «Compraventa y futuras legítimas (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 39, 2002, pp. 1253 ss.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores: «Algunos aspectos sobre la herencia yacente», en *RD*, junio 2002, pp. 460 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La reserva ordinaria a favor de los hijos del primer matrimonio del cónyuge bínubo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2001)», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2002, pp. 1039 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José M.^a: «Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad. Comentario a la STS de 23 enero 2001 (RJ 2001, 997)», en *RD*, núm. 9, 2002, pp. 531 ss.
- «Preterición no intencional de todos los legítimos. Comentario a la RDGRN de 13 septiembre 2001 (RJ 2002, 2410)», en *RD*, núm. 9, 2002, pp. 557 ss.
- «Notas sobre la *voluntad del testador*», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 153 ss.
- MONJE BALMASEDA, Óscar: «La prescripción a favor y en contra de la herencia yacente», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 345 ss.
- REAL PÉREZ, Alicia: «Usufructo universal del cónyuge viudo. Aplicación del artículo 820.3.º del Código Civil aunque no haya concesión expresa de la facultad de opción a los herederos (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 393 ss.
- REQUERO IBÁÑEZ, José Luis: «El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español», en *La Ley*, 2002-3, D-164.
- TORRELLES TORREA, Esther: «La constitución mortis causa de una fundación (en torno a la herencia deferida a una fundación en proceso de formación)», en *RD*, abril 2002, pp. 275 ss.
- VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: «Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla», en *RCDI*, núm. 673, 2002, pp. 1877 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALONSO ESPINOSA, Francisco J.: «Las prohibiciones de registro en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1185 ss.
- ABBOTT, Alden F.: «Revisión judicial de la aplicación de medidas sobre fusiones en los Estados Unidos», en *GJ*, núm. 222, 2002, pp. 59 ss.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: «Consideraciones sobre algunas novedades de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 15 ss.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «Algunos aspectos de la reforma del Derecho español de los signos distintivos. Consideraciones sobre la Ley 17/2001, de marcas», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1425 ss.
- BERENGUER FUSTER, Luis: «Algunas consideraciones sobre el derecho de la competencia en la retransmisión de acontecimientos deportivos», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 75 ss.
- CALLOL GARCÍA, Pedro, y SANTOS LORENZO, Salomé: «El mantenimiento de la libre competencia en el mercado de servicios de ADSL», en *GJ*, núm. 222, 2002, pp. 69 ss.
- CANTOS BAQUEDANO, F.; IZA MORENO, A., y FRANCO GÓNGORA, D.: «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 94 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 9 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Exposición de la naturaleza de los derechos de propiedad industrial», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 11 ss.
- «Incidencia de los pronunciamientos de la Oficina Europea de Patentes en la jurisprudencia europea», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 43 ss.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, Alejandro: «Control jurisdiccional de las concentraciones económicas y medidas cautelares: reflexiones en torno al auto del Tribunal Supremo en el asunto «Salcai/Utinsa» (2001)», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 76 ss.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos: «Dos rasgos característicos de la Ley de Marcas de 2001», en *La Ley*, 2002-4, D-120.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 193 ss.
- FLOREAL GONZÁLEZ, Flavio: «Los procedimientos *antidumping* en América», en *DN*, núm. 141, 2002, pp. 16 ss.
- FONT I RIBAS, Antoni: «El conflicto entre els noms de domini i els signes distintius», en *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 469 ss.

- FRANCO GÓNGORA, D.; CANTOS BAQUEDANO, F., e IZA MORENO, A.: «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 94 ss.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «Menos tiempo y costes en la creación de una empresa: borrador de Proyecto Nueva Empresa», en *DN*, núms. 142-143, 2002, pp. 1 ss.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto: «La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la Ley Española de Defensa de la Competencia», en *RPJ*, núm. 64, 2001, pp. 309 ss.
- GARCÍA-DURÁN HUET, Patricia: «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», en *RDCE*, núm. 12, 2002, pp. 503 ss.
- GEIGER, Andreas, y VON MEIBOM, Wolfgang: «Un Derecho de la Competencia mundial como última ratio», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 34 ss.
- GHIDINI, Gustavo: «Reflexiones sobre la disciplina italiana de la competencia desleal a la luz de los principios pro-competitivos de la constitución económica», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1109 ss.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, Antonio: «Los acuerdos anticompetitivos de la legislación sobre competencia a través de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *La Ley*, 2002-2, D-54.
- «El abuso de posición de dominio: las medidas cautelares y la competencia desleal en la legislación sobre competencia», en *La Ley*, 2002-4, D-143.
- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar, y NAVARRO VARONA, Eduarne: «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia ante la Comisión y los Tribunales Europeos», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 23 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «La defensa procedimental y procesal frente a las concentraciones de empresas en el Derecho comunitario. Pautas prácticas», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 56 ss.
- IZA MORENO, A.; FRANCO GÓNGORA, D., y CANTOS BAQUEDANO, F.: «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 94 ss.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «Aproximación al régimen jurídico de los dibujos y modelos industriales en Derecho comunitario», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 843 ss.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel: «Extensión y ámbito de protección de la patente. La patente como derecho negativo», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 81 ss.
- MARCOS, Francisco: «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 22 ss.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «La aplicabilidad del Código de Comercio a la navegación de recreo», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 305 ss.

- MARTÍNEZ ARÉVALO, Luis: «Teoría, conocimiento, riesgo y beneficios para el usuario. A propósito de una reciente Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 102 ss.
- MONTERO, Juan J.: «Las nuevas directivas de telecomunicaciones ¿de la regulación a la competencia?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 91 ss.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «Una nueva explicación de la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885», en *RCDI*, núm. 673, 2002, pp. 1827 ss.
- NAVARRO VARONA, Edurne, y GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar: «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia ante la Comisión y los Tribunales Europeos», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 23 ss.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «La nueva Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 663 ss.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «El nuevo Derecho español de marcas (Comentarios a la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas y a su Reglamento ejecutivo aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio)», en *DN*, núm. 147, 2002, pp. 1 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «El abuso de posición dominante», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1291 ss.
- PEDRAZ, Mercedes: «Sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en recursos contra acuerdos del Tribunal de Defensa de la Competencia», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 10 ss.
- PEÑA CASTELLOT, Miguel Ángel, y TIERNO CENTELLA, María Luisa: «La Comunicación sobre la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 112 ss.
- SÁNCHEZ GIMENO, Sergio: «Los contratos –civiles o laborales– de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1461 ss.
- SANTOS LORENZO, Salomé, y CALLOL GARCÍA, Pedro: «El mantenimiento de la libre competencia en el mercado de servicios de ADSL», en *GJ*, núm. 222, 2002, pp. 69 ss.
- TIERNO CENTELLA, María Luisa, y PEÑA CASTELLOT, Miguel Ángel: «La Comunicación sobre la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 112 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La apropiación de la clientela ajena y la ley de competencia desleal», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 569 ss.
- VELASCO NIETO, Carlos E.: «Los requisitos de patentabilidad I», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 65 ss.
- VON MEIBOM, Wolfgang, y GEIGER, Andreas: «Un Derecho de la Competencia mundial como última ratio», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 34 ss.

YANES YANES, Pedro: «Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 45 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 45 ss.

AVEZUELA CÁRCEL, Jesús: «El Registro de Sociedades Cooperativas: ¿resistencia a la “huida”?», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1487 ss.

BARRERO RODRÍGUEZ, Enrique: «Celebración de Junta de una Sociedad Anónima fuera del plazo señalado en la ley. Publicación en un diario de “mayor circulación”. Derecho a la información previo y en la propia Junta. Asistencia de un tercero (Comentario a la STS de 23 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 229 ss.

BRENES CORTÉS, Josefa: «Naturaleza, presupuesto y plazo de prescripción de la acción derivada del artículo 262.5 y disposición transitoria 3.^a de la LSA (Comentario a la STS de 26 de octubre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 375 ss.

CANTOS BAQUEDANO, F.; FRANCO GÓNGORA, D., e IZA MORENO, A.: «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 94 ss.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: «Pacto de indemnización por resolución *ad nutum* de Consejero delegado-Gerente por la sociedad anónima. Preaviso: incumplimiento del mismo. Consecuencias jurídicas derivadas de dicho incumplimiento (Comentario a la STS de 9 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 191 ss.

ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «Sobre la necesidad en el derecho español de una adecuada regulación de las operaciones de reestructuración empresarial en aras de una adecuada protección de los acreedores sociales. Comentario a la STS de 5 marzo 2001 (RJ 2001, 2726)», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 289 ss.

FARALDO CABANA, Patricia: «Consentimiento de la junta general de socios y administración séllela de sociedades», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 203 ss.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel: «Limitación de actuación del órgano de administración de sociedad afectada por el lanzamiento de una oferta pública de adquisición», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 231 ss.

FRANCO GÓNGORA, D.; IZA MORENO, A., y CANTOS BAQUEDANO, F.: «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 94 ss.

- GARAU SOBRINO, Federico: «La jurisprudencia comunitaria sobre inversiones en empresas públicas en proceso de privatización ¿Tarjeta roja a la normativa española?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 63 ss.
- GARCÍA-DURÁN HUET, Patricia: «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», en *RDCE*, núm. 12, 2002, pp. 503 ss.
- GRECHENIG, Kristoffel, y MORILLAS JARILLO, M.^a José: «La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.
- GIPPINI FOURNIER, Eric, y RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: «*Golden shares* en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 38 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel, y VARGAS VASSEROT, Carlos: «Autorización judicial y enajenación de participaciones sociales de titularidad de menores o incapacitados: posible necesidad de autorización judicial», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 239 ss.
- HUERTA VIESCA, María Isabel: «Acción social de responsabilidad de los administradores por los socios y desistimiento (Comentario a la STS, 1.^a, 30/11/2000)», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 295 ss.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier V.: «Comercio eficiente de acciones a término: término feliz de un proceso multiseccular», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 201 ss.
- IZA MORENO, A.; FRANCO GÓNGORA, D., y CANTOS BAQUEDANO, F.: «Legislación de control de concentraciones y OPAs: reflexiones a favor de una nueva reforma», en *GJ*, núm. 221, 2002, pp. 94 ss.
- LARGO GIL, Rita: «La constitución de la sociedad anónima europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 99 ss.
- MARCOS OYARZUN, Francisco Javier: «¿La última palabra sobre las sociedades profesionales entre abogados y auditores?», en *La Ley*, 2002-3, D-84.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a Teresa: «Admisibilidad de la cláusula estatutaria fijando plazos desiguales de duración del cargo de consejero en sociedades cotizadas (A propósito de la RDGRN de 26 de marzo de 2002)», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 267 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La Junta Universal de accionistas o socios (Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de *Universalidad* de las Juntas)», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 71 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María, y PAGADOR LÓPEZ, Javier: «¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta ('de lege data') para una cuestión societaria particularmente controvertida», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 167 ss.
- MORILLAS JARILLO, M.^a José, y GRECHENIG, Kristoffel: «La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre

- de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier, y MIRANDA SERRANO, Luis María: «¿Participaciones sin voto? Ensayo de una respuesta (“de lege data”) para una cuestión societaria particularmente controvertida», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 167 ss.
- PAZ-ARES, Cándido, y PERDICES, Antonio: «Adquisición originaria de acciones propias», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 191 ss.
- PAZ-ARES, Cándido, y SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio: «Significado actual de los “administradores de hecho”: los que administra de hecho y los que de hecho administra. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001 (RJ 2001, 7489)», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 277 ss.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis: «Derecho de separación del accionista. El acuerdo de valoración de las acciones entre la sociedad y los interesados», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1233 ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés: «Publicidad de los datos personales incluidos en los registros de accionistas», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 77 ss.
- RÍOS MESTRE, José María: «*Stock options* y jurisprudencia unificadora», en *RGLJ*, núm. 4, 2001, pp. 805 ss.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, y GIPPINI FOURNIER, Eric: «*Golden shares* en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 38 ss.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «Las nuevas normas norteamericanas sobre transparencia de las sociedades cotizadas. La 2002 Sarbanes-Oxley Act», en *DN*, núm. 146, 2002, pp. 1 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «La convocatoria de la junta general de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España», en *DN*, núms. 142-143, 2002, pp. 12 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105.5 LSRL): análisis contractual-representativo», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 469 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina: «La inobservancia de la legalidad como causa de inaplicabilidad de la normativa societaria», en *La Ley*, 2002-2, D-60.
- «La regulación de las “stock options” en el derecho español desde una perspectiva iusprivatista: especial estudio del Real Decreto 1370/2000, de 19 de julio», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 55 ss.
- «Aspectos problemáticos de la regulación sobre el conflicto de intereses en las entidades de responsabilidad limitada: deficiencias jurídicas del artículo 52 LSRL», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 201 ss.

- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, y PAZ-ARES, Cándido: «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel M.^a: «Prenda de dividendos pasivos», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 157 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel, y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis: «Limitación de actuación del órgano de administración de sociedad afectada por el lanzamiento de una oferta pública de adquisición», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 231 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Alcance de la aprobación del Reglamento Comunitario de aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad a las Sociedades Cotizadas», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 141 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La competencia entre la sociedad y sus directivos», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 21 ss.
- SENENT VIDAL, M.^a José: «El concepto de interés social en la cooperativa», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 705 ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio, y TAPIA FRADE, Antonio D.: «Stock options (opciones sobre acciones) y planes de stock options dirigidos a los trabajadores (employee stock options plans – ESOPs)», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 43 ss.
- VAQUERO LÓPEZ, Carmen: «El traslado de domicilio social dentro de la CE: Nuevos criterios legislativos y jurisprudenciales», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 203 ss.
- VARGAS VASSEROT, Carlos, y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Autorización judicial y enajenación de participaciones sociales de titularidad de menores o incapacitados: posible necesidad de autorización judicial», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 239 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: «¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?», en *La Ley*, 2002-3, D-95.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», en *DN*, núm. 144, 2002, pp. 1 ss. y *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 67 ss.
- ZABALETA DÍAZ, Marta: «La explotación desleal de la dependencia económica en Alemania. Eventual incorporación de sus conclusiones al Derecho español», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1379 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La responsabilidad de los analistas de inversiones», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 7 ss.
- LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, Mónica, y MATEU DE ROS, Rafael: «La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 7 ss.

- MATEU DE ROS, Rafael, y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica: «La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 7 ss.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, José: «Los depósitos y las cuentas corrientes en entidades financieras y la protección de los inversores», en *La Ley*, 2002-3, D-80.
- UREÑA SALCEDO, Juan Antonio: «La consideración de algunos créditos y participaciones empresariales de las Cajas de Ahorros como ayudas públicas», en *RDCE*, núm. 11, 2002, pp. 155 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «El Tribunal Supremo anula buena parte del Reglamento del Registro de condiciones generales», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 247 ss.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl: «La responsabilidad de los analistas de inversiones», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 7 ss.
- BOURGES, Leticia A.: «La interpretación de la Directiva 85/373/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *GJ*, núm. 222, 2002, pp. 32 ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria: «El comercio internacional compensado: Reglas y prácticas», en *DN*, núm. 147, 2002, pp. 37 ss.
- FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia: «La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 61 ss.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan: «Un vuelco en la jurisprudencia sobre el arbitraje comercial internacional», en *La Ley*, 2002-3, D-101.
- GUISADO MORENO, Ángela: «El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 28 ss.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «Validez y oponibilidad de la cláusula de compensación convencional (*netting by close-out*) en el contrato de permuta financiera», en *RGLJ*, núm. 4, 2001, pp. 829 ss.
- LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos: «El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999», en *DN*, núm. 148, 2002, pp. 1 ss.
- LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica, y MATEU DE ROS, Rafael: «La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 7 ss.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael: «La autonomía de la voluntad en el crédito documentario irrevocable», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.

- MATEU DE ROS, Rafael, y LÓPEZ-MONÍS GALLEGRO, Mónica: «La Circular 3/2001 del Banco de España y los contratos bancarios electrónicos», en *RDBB*, núm. 87, 2002, pp. 7 ss.
- MERINO MERCHÁN, José F.: «El arbitraje en la nueva Ley de Marcas», en *La Ley*, 2002-3, D-96.
- MORILLAS JARILLO, M.^a José, y GRECHENIG, Kristoffel: «La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.^a Dolores: «Tipos de patrocinio publicitario y relaciones con otras figuras», en *Actualidad Civil*, núm. 45, 2002, pp. 1337 ss.
- PAZ-ARES, Cándido, y Sáez Lacave, M.^a Isabel: «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «Mercado o sistema. Una propuesta sobre la delimitación del mercado relevante en el espacio digital (Sobre los sistemas de compensación y liquidación electrónicas)», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 791 ss.
- ROUANET MOTA, Emilio: «Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o *claims made*», en *Actualidad Civil*, núm. 40, 2002, pp. 1261 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel, y PAZ-ARES, Cándido: «Los contratos pendientes de ejecución en la fusión», en *RDM*, núm. 243, 2002, pp. 45 ss.
- SALELLES, José Ramón: «Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1225 ss.
- SÁNCER PELEGRINA, José A.: «Interpretación del contrato de seguro en los casos de no coincidencia entre las condiciones particulares y las condiciones generales (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2002)», en *Actualidad Civil*, núm. 23, 2002, pp. 881 ss.
- SÁNCHEZ GIMENO, Sergio: «Los contratos –civiles o laborales– de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1461 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La cuenta corriente y la transferencia bancarias. Observaciones a sus aspectos más discutidos», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 103 ss.
- TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 2002, pp. 1009 ss.
- VEIGA COPO, Abel B.: «La contratación electrónica del seguro», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 653 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

EIZAGUIRRE, José María de: «La letra de cambio no precisa de efecto timbrado», en *La Ley*, 2002-3, D-111.

VÁQUEZ BONOME, Antonino: «Las grandes posibilidades del suplemento informático en la circulación electrónica de la letra de cambio truncada (Opción por un concepto amplio de suplemento o prolongación)», en *RDBB*, núm. 86, 2002, pp. 159 ss.

DERECHO CONCURSAL

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María: «Títulos habilitantes y concurso de acreedores (A propósito de la sentencia de 22 de junio de 2001 del Tribunal de Apelaciones de Columbia en el caso *Nextwave v. Federal Communications Commission*)», en *RDM*, núm. 245, 2002, pp. 1367 ss.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Alcance de la 'nulidad e ineficacia' de los actos y contratos celebrados por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores [Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2002 (AC 23/2002, 375)]», en *Actualidad Civil*, núm. 41, 2002, pp. 1283 ss.

ESPLUGUES MOTA, Carlos: «Hacia la elaboración de un *standard* legislativo internacional en materia concursal: La propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia en la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI/UNCITRAL)», en *DN*, núm. 146, 2002, pp. 19 ss.

FLAQUER RIUTORT, Juan: «El derecho de abstención en la suspensión de pagos de los créditos escriturarios y que constan en sentencia firme», en *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 23 ss.

INIESTA DELGADO, Juan José: «Falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción pauliana de los interventores de la suspensión de pagos y del suspenso. Funciones de los interventores de la suspensión de pagos: actuación de éstos en defensa de la masa (Comentario a la STS de 3 de mayo de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 173 ss.

LÓPEZ-MEDEL BÁSCONES, Jesús: «Algunas novedades del proyecto de Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 2002, pp. 1295 ss.

RIESCO MILLA, Jesús: «Los Juzgados de lo Mercantil en la futura Ley Concursal», en *DN*, núm. 141, 2002, pp. 1 ss.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier: «Reformas legales proyectadas en EE.UU. tras la quiebra de Enron», en *La Ley*, 2002-4, D-148.

ROUANET MOTA, Emilio: «Quiebra fraudulenta (Estudio técnico jurídico práctico)», en *La Ley*, 2002-4, D-136.

VICENT CHULIÁ, Francisco: «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», en *DN*, núm. 144, 2002, pp. 1 ss. y *RDPat*, núm. 9, 2002, pp. 67 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ALPA, Guido: «El derecho subjetivo al medio ambiente salubre: ¿'nuevo derecho' o expediente técnico?», en *RJC*, núm. 2, 2002, pp. 413 ss.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad», en *Actualidad Civil*, núm. 37, 2002, pp. 1195 ss.

ARIÑO SÁNCHEZ, Rafael: «Servicios funerarios y doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con los depósitos funerarios», en *RDU*, núm. 194, 2002, pp. 57 ss.

BASSOLS COMA, Martín: «Iniciativa privada y gestión urbanística: sistemas de actuación, agente urbanizador y convenios urbanísticos», en *RUE*, núm. 5, 2002-1, pp. 15 ss.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «Criterios de una nueva reglamentación ambiental. A propósito de la regulación económica y el medio ambiente», en *RDU*, núm. 198, 2002, pp. 111 ss.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio: «Las zonas verdes en el ordenamiento urbanístico de Cataluña», en *RDU*, núm. 196, 2002, pp. 143 ss.

CORCHERO, Miguel: «El agente urbanizador y los sistemas de concesión y de concurrencia: nuevos modos de gestión urbanística», en *La Ley*, 2002-4, D-131.

CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. DE LA, y LOBO RODRIGO, Ángel: «Medidas para evitar la contaminación invisible por ruido y radiaciones», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 171 ss.

FAJARDO SPÍNOLA, Luis: «Aprobación por Ley de las Directrices de Ordenación de Canarias», en *RDU*, núm. 195, 2002, pp. 71 ss.

FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «La Junta de Compensación y otras figuras jurídicas afines: Estudio comparativo», en *RDU*, núm. 195, 2002, pp. 47 ss.

FERNÁNDES, Edésio: «Del Código Civil al Estatuto de ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del Derecho urbanístico en Brasil», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 83 ss.

FERNÁNDEZ MONEDERO, Pablo, y ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: «Balance actual del modelo urbanístico valenciano. Apuntes para un análisis propo-sitivo», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 59 ss.

FUENTES MARÍN, Pedro M.: «El suelo no urbanizable en la Ley 15/2001 del Suelo y Ordenación Territorial de la CCAA de Extremadura», en *RDU*, núm. 198, 2002, pp. 37 ss.

- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo: «*Ius aedificandi* y propiedad del suelo: Real Decreto-Ley 4/2000. STS 164/2001 y leyes regionales posteriores», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 11 ss.
- GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, Joaquín: «Las competencias autonómicas sobre medio ambiente y su problemática en los Tribunales Superiores de Justicia», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 27 ss.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La valoración de las empresas en la vigente Ley del Suelo 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones como consecuencia de su expropiación urbanística: Problemática y conceptos específicos a indemnizar», en *RDU*, núm. 195, 2002, pp. 133 ss.
- GÓMEZ MELERO, José Gerardo: «Prevalencia de la Ley 30/1992 sobre los procedimientos específicos previstos en las legislaciones autonómicas. Silencio administrativo y procedimiento de concesión de licencias urbanísticas. Visión práctica del problema en la aplicación de la Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha. Ley 2/1998, de 4 de junio», en *RDU*, núm. 194, 2002, pp. 117 ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Jorge L.: «La desmesurada interpretación del Supremo sobre el principio de publicidad de los Planes. Su muy discutible acomodo a la doctrina del Constitucional», en *RDU*, núm. 195, 2002, pp. 19 ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Pedro Mateo: «La autonomía local en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de Castilla y León: algunos aspectos controvertidos», en *RDU*, núm. 196, 2002, pp. 97 ss.
- GONZÁLEZ GRANADO, Juan Miguel: «Infracciones urbanísticas y jurisprudencia. Una breve aproximación», en *RDU*, núm. 197, 2002, pp. 11 ss.
- GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: «El suelo para sistemas generales no se cede gratuitamente jamás... hasta la aparición de la Ley 6/98 (y III)», en *RDU*, núm. 195, 2002, pp. 11 ss.
- «El convenio urbanístico relativo a la ciudad deportiva del Real Madrid», en *RDU*, núm. 198, 2002, pp. 155 ss.
- «El INAP retoma la tradición del Instituto de Estudios de Administración Local y publica un gran libro sobre urbanismo», en *RDU*, núm. 198, 2002, pp. 161 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «Los convenios urbanísticos y el Derecho comunitario europeo: la STJCE de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98», en *RDU*, núm. 197, 2002, pp. 97 ss.
- JORDANO FRAGA, Jesús: «Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: la construcción del régimen jurídico de los daños ambientales», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 275 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 194, 2002, pp. 39 ss.

- LOBO RODRIGO, Ángel, y CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. DE LA: «Medidas para evitar la contaminación invisible por ruido y radiaciones», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 171 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Apuntes de “Jurisprudencia registral” (Sobre resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)», en *RDU*, núm. 194, 2002, pp. 89 ss.
- LÓPEZ PELLICER, José Antonio: «La ordenación territorial y urbanística en la Ley 1/2001, del Suelo de la Región de Murcia», en *RUE*, núm. 5, 2002-1, pp. 45 ss.
- MARTÍN REBOLLO, Luis: «La Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria: una visión sistemática», en *RUE*, núm. 5, 2002-1, pp. 69 ss.
- MORENO REBATO, Mar: «Las licencias urbanísticas: su incidencia en la accesibilidad y supresión de barreras para los minusválidos», en *RDU*, núm. 196, 2002, pp. 13 ss.
- ORO-PULIDO LÓPEZ, Mariano de: «La Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre medio ambiente y urbanismo», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 145 ss.
- PARDO ÁLVAREZ, María: «El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?», en *RDU*, núm. 198, 2002, pp. 11 ss.
- PARDO CASTILLO, Manuel: «Unas reflexiones sobre la ordenación del litoral en la cornisa cantábrica», en *RDU*, núm. 196, 2002, pp. 167 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración pública», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 371 ss.
- PÉREZ MARÍN, Antonio: «Igualdad y seguridad jurídica en los proyectos de compensación y reparcelación», en *RUE*, núm. 5, 2002-1, pp. 99 ss.
- PÉREZ SOLA, Nicolás: «La aplicabilidad jurisdiccional del derecho ambiental comunitario: las directivas Aves y Hábitats», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 13 ss.
- POVEDA GÓMEZ, Pedro: «La reparación de los daños ambientales mediante instrumentos de responsabilidad civil. Contenido general del anteproyecto de ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 333 ss.
- RAMOS MEDRANO, José Antonio: «Los diversos registros administrativos en la legislación urbanística», en *RDU*, núm. 196, 2002, pp. 71 ss.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «La obtención de licencia de obras, de segregación de terrenos y de división horizontal de edificios por silencio administrativo en la Comunidad Valenciana», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 41 ss.
- «En el interior de los puertos el “Plan de utilización de espacios portuarios” no puede sustituir al “Plan especial” urbanístico. Extracto de un dictamen», en *RDU*, núm. 196, 2002, pp. 33 ss.

- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Protección ambiental y ordenación territorial y urbanística: ponderación y desarrollo sostenible», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 111 ss.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, y FERNÁNDEZ MONEDERO, Pablo: «Balance actual del modelo urbanístico valenciano. Apuntes para un análisis propositivo», en *RDU*, núm. 193, 2002, pp. 59 ss.
- «La gestión del suelo urbano y urbanizable en la Ley del Suelo de Extremadura», en *RDU*, núm. 198, 2002, pp. 81 ss.
- RUÍZ-RICO RUÍZ, Gerardo: «La Jurisprudencia constitucional española en materia de medio ambiente», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 177 ss.
- SANZ JORDANO, Ignacio: «Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de licencias urbanísticas», en *RDU*, núm. 197, 2002, pp. 23 ss.
- SEGOVIA ARROYO, José Antonio: «Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia sobre algunos aspectos y determinaciones de los instrumentos de Planeamiento general», en *RDU*, núm. 194, 2002, pp. 11 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La valoración del suelo en actuaciones estatales y sectoriales», en *RDU*, núm. 195, 2002, pp. 99 ss.
- «Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la gestión urbanística», en *RDU*, núm. 197, 2002, pp. 47 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el desarrollo del Derecho privado», en *RCDI*, núm. 672, 2002, pp. 1511 ss.
- BOURGES, Leticia A.: «La interpretación de la Directiva 85/373/CEE relativa a la responsabilidad por productos defectuosos según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *GJ*, núm. 222, 2002, pp. 32 ss.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BARDONA, Manuel: «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II)», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 319 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 9 ss.
- FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia: «La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 61 ss.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Incidencia de los pronunciamientos de la Oficina Europea de Patentes en la jurisprudencia europea», en *EDC*, núm. 35, 2001, pp. 43 ss.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Bernardo: «Tutela judicial efectiva de los particulares y legitimación para impugnar directamente actos normativos comunitarios», en *La Ley*, 2002-4, D-173.
- GARAU SOBRINO, Federico: «La jurisprudencia comunitaria sobre inversiones en empresas públicas en proceso de privatización ¿Tarjeta roja a la normativa española?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 63 ss.
- GARCÍA-DURÁN HUET, Patricia: «La lenta gestación de la política comunitaria de fusiones», en *RDCE*, núm. 12, 2002, pp. 503 ss.
- GIPPINI FOURNIER, Eric, y RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: «*Golden shares* en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 38 ss.
- GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar, y NAVARRO VARONA, Edurne: «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia ante la Comisión y los Tribunales Europeos», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 23 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: «La defensa procedimental y procesal frente a las concentraciones de empresas en el Derecho comunitario. Pautas prácticas», en *GJ*, núm. 219, 2002, pp. 56 ss.
- «Los convenios urbanísticos y el Derecho comunitario europeo: la STJCE de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98», en *RDU*, núm. 197, 2002, pp. 97 ss.
- GRECHENIG, Kristoffel, y MORILLAS JARILLO, M.^a José: «La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.
- GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: «Fuentes comunitarias del Derecho procesal español», en *La Ley*, 2002-3, D-76.
- JANER TORRENS, Joan David: «La influencia del Derecho Comunitario en la creación de un *ius commune* de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales», en *RDCE*, núm. 11, 2002, pp. 155 ss.
- LARGO GIL, Rita: «La constitución de la sociedad anónima europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)», en *RDS*, núm. 18, 2002, pp. 99 ss.
- LLOBREGAT HURTADO, María Luisa: «Aproximación al régimen jurídico de los dibujos y modelos industriales en Derecho comunitario», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 843 ss.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., y MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J.: «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2000 y 2001», en *RDCE*, núm. 12, 2002, pp. 583 ss.

- MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: «La aplicación judicial del Derecho Comunitario en España durante 2000 y 2001», en *RDCE*, núm. 12, 2002, pp. 583 ss.
- RODRÍGUEZ CASAL, Carlos, y LOZA OCRERA, María: «Nueva legislación europea en materia de protección de datos», en *La Ley*, 2002-3, D-138.
- MONTERO, Juan J.: «Las nuevas directivas de telecomunicaciones ¿de la regulación a la competencia?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 91 ss.
- MORILLAS JARILLO, M.^a José, y GRECHENIG, Kristoffel: «La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *DN*, núm. 145, 2002, pp. 1 ss.
- NAVARRO VARONA, Edurne, y GONZÁLEZ DURÁNTEZ, Henar: «Medidas cautelares en el Derecho de la Competencia ante la Comisión y los Tribunales Europeos», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 23 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil europeo?», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2002, pp. 1163 ss.
- PEÑA CASTELLOT, Miguel Ángel, y TIERNO CENTELLA, María Luisa: «La Comunicación sobre la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 112 ss.
- PÉREZ SOLA, Nicolás: «La aplicabilidad jurisdiccional del derecho ambiental comunitario: las directivas Aves y Hábitats», en *CDJ*, núm. 12, 2001, pp. 13 ss.
- RODRÍGUEZ CASAL, Carlos, y LOZA OCRERA, María: «Nueva legislación europea en materia de protección de datos», en *La Ley*, 2002-4, D-138.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, y GIPPINI FOURNIER, Eric: «*Golden shares* en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 38 ss.
- RUFÍZ-JARABO COLOMER, Dámaso: «La vinculación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)», en *EDC*, núm. 34, 2001, pp. 283 ss.
- TIERNO CENTELLA, María Luisa, y PEÑA CASTELLOT, Miguel Ángel: «La Comunicación sobre la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel», en *GJ*, núm. 220, 2002, pp. 112 ss.
- UREÑA SALCEDO, Juan Antonio: «La consideración de algunos créditos y participaciones empresariales de las Cajas de Ahorros como ayudas públicas», en *RDCE*, núm. 11, 2002, pp. 155 ss.
- VAQUER ALOY, Antonio: «La vocación europea del Derecho Civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código Civil europeo», en *La Ley*, 2002-4, D-119.

WEATHERILL, Stephen: «El Libro Verde de la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo: Contexto, Contenido y Fundamento constitucional», en *RDM*, núm. 244, 2002, pp. 755 ss.

DERECHO PROCESAL

ALONSO ROMERO, M.^a Paz: «El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 23 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «El artículo 14 de la Constitución en la aplicación de la ley por los tribunales», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 55 ss.

BONET NAVARRO, Ángel: «La incongruencia de la sentencia y los límites del principio *iura novit curia*. La definición de las pretensiones de las partes debidamente formuladas y la respuesta judicial. Causa de pedir y sentencia (Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2001)», en *CCJC*, núm. 58, 2002, pp. 297 ss.

BONET NAVARRO, José: «Cuatro cuestiones generales, problemáticas y omitidas en el proceso civil de ejecución», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 135 ss.

CALVO SÁNCHEZ, M.^a del Carmen: «La prueba: disposiciones generales. Análisis de los artículos 281 a 298 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. L. 1/2000», en *RPJ*, núm. 64, 2001, pp. 167 ss.

CATALÀ I BAS, Alexandre H.: «Justicia y medios de comunicación. Una fuente permanente de conflictos», en *RJC*, núm. 3, 2002, pp. 713 ss.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «El futuro de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 79 ss.

— «Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 41 ss.

ESCUADERO MORATALLA, José Francisco: «El fiasco procesal de las diligencias de ordenación en la nueva LEC», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 205 ss.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 89 ss.

GARCÍA GÁRATE, Alfredo: «La incidencia de las recientes reformas legislativas en la ejecución de las resoluciones canónicas», en *RJUAM*, núm. 6, 2002, pp. 81 ss.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: «Fuentes comunitarias del Derecho procesal español», en *La Ley*, 2002-3, D-76.

HERAS GARCÍA, Manuel de las: «Consideraciones relativas al principio de inmediatez en la LEC/2000», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 169 ss.

- HERRANZ GONZÁLEZ, Agustina: «La ejecución provisional», en *La Ley*, 2002-4, D-171
- LACABA SÁNCHEZ, Fernando: «Ejecuciones de sentencias en la nueva LEC: hipotética responsabilidad del Estado legislador», en *La Ley*, 2002-3, D-88.
- LETE ACHIRICA, Javier: «El convenio privado de realización de bienes del artículo 640 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-3, D-79
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «El recuso de casación por interés casacional», en *La Ley*, 2002-2, D-53.
- «La ejecución provisional de sentencias en los juicios de desahucio», en *La Ley*, 2002-4, D-169.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis: «La supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 44, 2002, pp. 1325 ss.
- MARTÍN OSANTE, Luis-Carlos: «Los nuevos procesos de división de patrimonios; en especial el proceso de liquidación del régimen económico del matrimonio (arts. 782 a 811 LEC 1/2000)», en *RPJ*, núm. 65, 2002, pp. 233 ss.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto: «La acumulación de ejecuciones en el proceso civil», en *La Ley*, 2002-3, D-92.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «El control judicial de la inactividad de la Administración», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 163 ss.
- MOLINA CABALLERO, M.^a Jesús: «La intervención voluntaria de los terceros en la LEC de 2000», en *Actualidad Civil*, núm. 28, 2002, pp. 945 ss.
- MORENO CATENA, Víctor: «Algunos problemas de la ejecución forzosa», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 187 ss.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la: «Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor», en *RPJ*, núm. 64, 2001, pp. 143 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Lenguaje judicial: argumentación y estilo», en *La Ley*, 2002-4, D-158.
- OSTOS MOTA, M.^a Jesús: «Competencia objetiva y funcional según el artículo 1252 de la Ley 111/1986, de 20 de marzo, de Patentes: Comentario a la STS de 21 de diciembre de 2001», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 2002, pp. 1177 ss.
- PICÓ I JUNOY, Joan: «La interpretación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-4, D-162.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en *AFDUAM*, núm. 5, 2001, pp. 201 ss.
- REYES GALLUR, Juan José: «Disposiciones generales de los procesos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, 2002-3, D-106.

RIERA BARNIOL, Elisabet: «Alzamiento de las medidas cautelares en la Ley 1/2000, de 7 de enero», en *La Ley*, 2002-2, D-37.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a José, y PÉREZ BORREGO, Gregorio: «La atribución competencial para la resolución de tercerías administrativas a la luz de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. ¿El fin de una polémica?», en *RPJ*, núm. 63, 2001, pp. 183 ss.

SÁNCER PELEGRINA, José Antonio: «Estudio del ámbito de aplicación y competencia en cuanto a la liquidación del régimen económico matrimonial a la luz de la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, núm. 32, 2002, pp. 1049 ss.

— «Análisis de la formación de inventario y de la liquidación como fases del nuevo proceso liquidatorio de los regímenes económicos matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 34, 2002, pp. 1107 ss.

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001)

MARINA PÉREZ MONGE

Profesora de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: I. *Carácter usurario del préstamo*: A) Tipos de préstamos usurarios. B) Requisitos del interés usurario. C) Breve referencia al libre arbitrio judicial. D) Sanción de la usura.–II. *Subsistencia de la garantía hipotecaria*: A) Nulidad de los contratos accesorios. B) Posible ineficacia parcial del contrato de préstamo. C) Aspectos registrales.–CONCLUSIÓN.

Este Comentario tiene por objeto la Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo el 20 de junio de 2001, y de la que fue ponente don Antonio Gullón Ballesteros.

Me parece útil para situar adecuadamente el tema reproducir a continuación los fundamentos de Derecho en que se apoya el fallo. Los hechos que dieron lugar a la sentencia se pueden deducir del fundamento de Derecho primero.

Primero.–El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4 LEC acusa infracción del artículo 1, párrafo 1.º, de la Ley de 23 de julio de 1980 (sic por 1908). Su fundamentación se dirige a calificar, en contra de la sentencia recurrida, el préstamo que obtuvieron del demandado como usuario, con apoyo en los siguientes hechos: A) un interés del 20 por 100 anual en la época en que fue convenido (1983), excedía notablemente el normal del dinero, aunque no se tuviese en cuenta que había de abonarse por anticipado; B) la situación de los prestatarios era de angustia y necesidad según la sentencia que se recurre; C) el prestamista, para garantizarse el cobro del crédito, exigió y obtuvo hipoteca sobre los bienes de los recurrentes de valor notable-

mente superior al capital, intereses y costas cuyo pago garantizaba; D) la finalidad del préstamo era la del pago de las deudas pendientes de los prestatarios.

La respuesta casacional al motivo ha de partir de la premisa de que esta Sala no puede convertirse en una tercera instancia en pleitos como el presente, a pretexto del artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908, sino que ha de respetar los hechos probados en la instancia, salvo que se alegue y demuestre error de derecho. Sin embargo, la Sala es competente para juzgar sobre si, dados aquellos hechos, los mismos entrañan o no vulneran (sic por vulneración) de los preceptos de la citada Ley. En suma, y de acuerdo con reiterada jurisprudencia actual de esta Sala, la misma entiende que el artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908 le otorga plena libertad en la *calificación del préstamo* al que se tilda de usurario.

El préstamo litigioso entiende esta Sala que debe calificarse como usurario en atención a las siguientes circunstancias:

A) La forma clandestina en que se contrajo, pues está probado que la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada por los recurrentes en 1983 en favor del prestamista no era el negocio real concertado. En aquélla se fijaba un interés anual del 4 por 100 con un plazo anual de vencimiento de un año, cuando en realidad el interés anual se estipuló en un 20 por 100, pagadero al comienzo de cada anualidad de forma anticipada, y sin un plazo de duración, pues no se ha probado que se estableciese, sólo que los prestatarios sufrieron ejecución de la hipoteca concertada al tercer año, y que habían pagado lo estipulado privadamente los dos anteriores. No se ha alegado si quiera ninguna razón para este ocultamiento de la realidad, que no parece lógico si el interés pactado fuese normal, y se hubiese querido que con arreglo a lo convenido en la escritura pública hubiese discurrido el desenvolvimiento del préstamo.

B) El interés pactado debe conceptuarse de notablemente superior al valor del dinero en la época en que se contrajo el préstamo. Es cierto que en la misma (1983) el interés bancario del dinero era del 18,5 por 100 según la sentencia recurrida, pero este dato no puede ser sino orientador del interés del mercado, de ninguna manera un parámetro exacto con arreglo al que haya de calificarse todo préstamo, pues aquel interés se calcula en función de circunstancias propias de la intermediación en el mercado del dinero de las entidades financieras, tales como costo de la obtención del mismo, gastos de funcionamiento, previsiones de fallidos, etc.: el interés no es sinónimo de beneficio por el préstamo. De ahí que cuando es un particular el prestamista, no se puedan aplicar los mismos criterios, debe lógicamente ser el interés inferior. Por otra parte, al percibirse por anualidades adelantadas, la diferencia es todavía mayor, mucho más cuando el prestamista está garantizado con hipoteca sobre bienes que se ha probado que tenían un valor muy superior a la cantidad prestada (3.500.000 ptas.). El riesgo que corría en esta situación era nulo, y no aparecen en autos otros riesgos que pudieran justificar tamaño interés.

Todo lo anteriormente expuesto conforma de modo objetivo la exigencia legal de que el interés sea notablemente superior al normal. También se deduce de los autos la situación angustiosa de los prestatarios, que el artículo 1 de la tan citada Ley requiere para calificar de usurario un préstamo, que en la fecha del mismo el recurrente estaba separado del servicio como oficial de la

Administración de Justicia por Resolución del Ministerio de Justicia de 30 de noviembre de 1979, con esposa e hijos a su cargo, en el que no fue repuesto hasta agosto de 1987 tras los correspondientes recursos, y con deudas contraídas.

Segundo.—La estimación del motivo primero hace inútil el examen del segundo y último del recurso, pues se dirige a la misma finalidad.

Como consecuencia de esa estimación, se anula y casa la sentencia recurrida, resolviendo esta Sala en su lugar lo que sigue (art. 1715.1.3.º LEC).

El préstamo litigioso debe calificarse de usurario, por lo que los prestatarios han de devolver exclusivamente el capital prestado, con deducción de los intereses ya satisfechos al prestamista (art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908).

La hipoteca concertada en la escritura pública de 4 de marzo de 1983 debe quedar también extinguida y su inscripción cancelada, dada su naturaleza accesoria y dependiente de la obligación principal.

La sentencia de esta Sala de 14 de junio de 1984 mantuvo el criterio de la subsistencia de la hipoteca en un caso que puede considerarse igual al litigioso. Se razonaba en ella que el prestatario seguía siendo un deudor de restitución, si bien en la cantidad que resultase por la aplicación del artículo 3 de la Ley de 1908; que lo que se producía en realidad era una reducción de la cantidad debida, no su desaparición; y que, en vista de ello, seguía existiendo la accesoriadad de la hipoteca en relación con un crédito al que garantizar.

Sin embargo, esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (sentencias de 10 de junio de 1952, 24 de febrero de 1992 y 6 de octubre de 1994). Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipoteca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriadad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción.

La nulidad de la hipoteca lleva consigo la cancelación de la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad; la del procedimiento de ejecución hipotecaria 493/1985, seguido a instancias del demandado y reconviniendo contra los actores ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón, y la desestimación de la demanda reconvencional.

INTRODUCCIÓN

En esta Sentencia de 20 de junio de 2001 se califica el préstamo de usurario. En consecuencia, por aplicación del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, se declara nulo el contrato de préstamo usurario. Por ello, la hipoteca, garantía accesoria del préstamo, también se considera nula. Se entiende que las obligaciones de restitución de la prestación ya no derivan del contrato de préstamo, sino de la ley, y, por tanto, no cabe man-

tener una hipoteca constituida contractualmente sobre una obligación distinta y sin determinación de fecha.

En consecuencia, se ordena:

a) La cancelación de la inscripción de la hipoteca y del procedimiento de ejecución hipotecario.

b) La desestimación de la demanda reconventional.

Ahora bien, en algunas sentencias del Tribunal Supremo, como por ejemplo la de 14 de junio de 1984, se mantuvo la hipoteca respecto a la cantidad que resultase de aplicar el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, por considerar que existía accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito a garantizar. En parecido sentido se pronuncia la STS de 8 de noviembre de 1991, respecto a la subsistencia de la fianza. Sin embargo, hay otras sentencias recientes (por ejemplo, la de 18 de noviembre de 1993) en las que una vez declarada la nulidad del préstamo se ordena la cancelación de la anotación e inscripción de hipoteca.

Las cuestiones fundamentales que se plantean en esta sentencia son las siguientes: I) carácter usurario del préstamo, y II) subsistencia de la garantía hipotecaria.

I) **Carácter usurario del préstamo**

Me referiré brevemente a los tipos de préstamos usurarios, a continuación a los requisitos del interés usurario, posteriormente a la sanción señalada por la ley para los contratos comprendidos en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908¹.

¹ Para facilitar la comprensión del fundamento de esta Ley de Represión de la Usura es útil el texto del discurso que precede a la inicial Proposición de Ley (tomado de SABA-TER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, pp. 149 ss.), en el que se afirma: «Constituyó una aspiración esencial de la Revolución en su primer período el anhelo de consagrar la libertad en todas las esferas sociales. Por lo que hace a la industria, se caracterizaba su organización en el antiguo régimen por una extensa intervención del Estado en la misma, como lo muestran la instrucción de los gremios, las Compañías privilegiadas, la policía de abastos, el régimen aduanero prohibicionista, la tasa, etc. Y como no podía menos de suceder, se afirmó la libertad del interés en los préstamos más pronto o más tarde, hasta tal punto que al presente muy contados pueblos conservan la tasa.

Pero es éste un particular respecto del cual puede bien apreciarse la necesidad de no destruir lo que había sido resultado de la aspiración más arriba anotada, sino de completar lo hecho, en vista de los resultados que ha ofrecido en la práctica. Por eso Austria y Alemania, conservando la libertad de interés que consagraron, respectivamente, las Leyes de 14 de junio de 1868 y de 14 de noviembre de 1867, han venido, la primera por las de 19 de junio de 1877 y 28 de mayo de 1881, y la segunda por las de 24 de mayo de 1880 y 19 de junio de 1893, a salir al encuentro de los abusos escandalosos de los prestamistas [...].

La doctrina en que se inspiran estas Leyes es una aplicación de la general referente a las circunstancias que vician el consentimiento, y es manifestación de la política que ha dado en llamarse intervencionista, en la que se inspiraba el actual Presidente de la República norteamericana al escribir estas palabras: "Será quizá necesario intervenir en las transacciones privadas más de lo que se ha hecho hasta aquí y poner trabas a la astucia, como las hemos puesto a la violencia".

Desde una perspectiva legal, el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura establece: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos».

El primer párrafo de este artículo procede de la proposición de Azcárate, pues no se modificó.

A) TIPOS DE PRESTAMOS USURARIOS

A juicio de Díez Picazo la redacción de este artículo, calificada como «poco precisa y desafortunada técnicamente, cobija tres tipos de préstamos usurarios:

Primero. Los que contienen estipulación de un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, que hacen presumir al legislador la falta de libertad del prestatario para aceptarlos.

Segundo. Aquellos en que se consignan condiciones tales que resulten leoninos o pactados en forma de que todas las ventajas sean para el acreedor, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a consecuencia de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Tercero. Los contratos en los que figure mayor cantidad recibida que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias, aun cuando en ella se incluyesen los posibles intereses o rentas pactadas, sin necesidad de concurrir otro requisito»².

Los primeros se conocen como contratos usurarios; los segundos, leoninos, y, finalmente, los terceros, como falsificados. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de marzo de 1942, 12 de julio de 1943, 29 de mayo de 1952, 13 de diciembre de 1958, 15 de diciembre de 1965, 18 de

Por estas razones, e inspirándose en el espíritu de los artículos 1255, 1265, 1276, 1303 y 1305 del Código Civil, el que suscribe hubo de presentar en las Cortes últimas una Proposición de Ley sobre la cual la Comisión correspondiente acordó un dictamen, del que no llegó a darse lectura por haberse disuelto aquéllas [...].

En su vista, el Diputado que suscribe tiene el honor de presentar al Congreso la siguiente Proposición de Ley sobre nulidad de ciertos contratos de préstamo.»

² DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1990, p. 462; cfr., también, SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen 1.º, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En el mismo sentido, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ), p. 109; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, en Martínez de Aguirre Aldaz; De Pablo Contreras; Pérez Álvarez, y Parra Lucán, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 681. Cfr. también la amplia bibliografía citada por Marín Pérez, en el t. XXII-1.º de los *Comentarios EDERSA*, Madrid, 1982, pp. 19 ss.

octubre de 1968, 19 de diciembre de 1974, 30 de diciembre de 1987 y 11 de febrero de 1989, entre otras. Sin embargo, otra línea jurisprudencial distingue únicamente dos clases (los usurarios y leoninos y, por otra parte, los falsificados). Así, por ejemplo, en Sentencias de 8 de octubre de 1981, 25 de febrero de 1988, 17 de abril de 1989 y 27 de mayo de 1991. En este sentido, afirma Díez Picazo, refiriéndose primero a la distinción tripartita —en relación a la bipartita—: «Esta dirección jurisprudencial justa se opone a otra más estricta, según la cual sólo hay dos clases de préstamos usurarios: aquellos en que se afirma recibida mayor cantidad que la entregada, y los contratos en los que se pacta un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte leonino, y que haya motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales»³.

Como indica Sancho Rebullida⁴, el Tribunal Supremo realizó esta distinción trimembre en los comienzos. Sin embargo, posteriormente refundió en un mismo tipo aquellos contratos que reunían cumulativamente los requisitos contenidos en los dos primeros grupos. Pasados unos años, se siguió el criterio inicial, es decir, se mantiene la existencia de tres tipos de contratos, de tal modo que el carácter usurario (grupo primero) o leonino (grupo segundo) eran requisitos alternativos. Más tarde, el Tribunal Supremo cambia de nuevo de criterio. Así, en STS de 8 de octubre de 1981 se afirma: «Para esa definición [la calificación de usurario] se requiere no solamente la existencia de interés pactado, sino también que éste resulte normalmente excesivo y aceptado por el prestatario a causa exclusivamente de situación angustiosa».

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es vacilante en esta materia, como puede deducirse de la fecha correspondiente a las sentencias referidas, que optan por distinguir dos o tres tipos de contratos usurarios.

Respecto de la sentencia objeto de comentario, concurren los requisitos que caracterizan tanto el contrato usurario como el leonino, como veremos inmediatamente.

B) REQUISITOS DEL INTERÉS USUARIO

Matizando aspectos ya citados en el apartado A), son requisitos del interés usurario:

1) Tipo de interés notablemente superior al normal del dinero.—En este sentido, en el fundamento de Derecho primero de la STS de 20 de junio de 2001 se afirma: «Un interés del 20 por 100 anual en la época en que fue convenido (1983), excedía notablemente el normal del dinero, aunque no se tuviese en cuenta que había de abonarse por anticipado».

Ha de advertirse también que no se entiende la razón por la que se hace constar el interés del 4 por 100 en el documento público, y un tipo del 20 por 100 en el documento privado, si ciertamente el 18,5 por 100 era un interés normal en aquella época. Posiblemente, no era el tipo de interés entre particulares, ni tampoco en los supuestos en que se cobraba por anualidades adelan-

³ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1990, pp. 462 y 463.

⁴ Cfr. SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen 1.º, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, pp. 158 ss.

tadas. Por ello, es preciso, como se indica a continuación, relacionar el tipo de interés con las circunstancias del caso, pues la diferencia objetiva (1,5 por 100) no parece relevante por sí sola.

2) Desproporcionado con las circunstancias del caso.—Se trata de un interés inadecuado para cubrir el riesgo de la operación crediticia. Así, afirma Sancho Rebullida: «Con carácter general [el TS] ha declarado la necesidad de relacionar la cantidad del interés estipulado con el fin a que el prestatario destina el importe del préstamo y con los riesgos que corre el prestamista»⁵. Ha de observarse que el riesgo es inferior si existe garantía hipotecaria⁶.

Así sucede en el supuesto de la Sentencia de 20 de junio de 2001, como se indica en el fundamento de Derecho primero: «C) El prestamista, para garantizarse el cobro del crédito, exigió y obtuvo hipoteca sobre los bienes de los recurrentes de valor notablemente superior al capital, intereses y costas cuyo pago garantizaba».

En concreto, en el fundamento de Derecho primero.B), *in fine*, se afirma que el riesgo es nulo, ya que el prestamista percibe las cantidades correspondientes por anualidades adelantadas, y goza de garantía hipotecaria sobre bienes con valor muy superior a la cantidad prestada.

Respecto de los dos primeros requisitos, Sancho Rebullida afirma: «La normalidad del interés no viene numéricamente cifrado en la ley, sino referida a las circunstancias del caso»⁷. Por ello puede suceder que el Tribunal Supremo declare usurario un préstamo con un tipo de interés del 18 por 100, y no considere como tal otro préstamo en el que el interés sea del 20 por 100. García Cantero explica con claridad la razón. Afirma: «La uniformidad en la

⁵ SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen 1.º, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. Cfr. también Díez Pícazo y Gullón, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, volumen I, Madrid, 1973, p. 422; Sabater Bayle, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, pp. 206 ss.; Rodríguez Sainz García, «Préstamo usurario: apreciación de sus requisitos y sanción de nulidad», *Poder Judicial*, 1993, núm. 29, p. 154; Rivero Hernández, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, p. 109.

⁶ Díez Pícazo, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, volumen I, Madrid, 1973, p. 422, en relación al caso *Cortés García c. Gual Ubach y Alemany Esplugas*, STS de 13 de marzo de 1943, afirma: «de manera manifiesta resultaba desproporcionado con las circunstancias del caso, por haberse garantizado el crédito con hipoteca—garantía que eliminaba el riesgo de pérdida del capital—. En el mismo sentido, Sabater Bayle, «Los contratos usurarios en la reciente jurisprudencia», *Aranzadi Civil*, 1994-I, p. XXIII, afirma: «Por lo que se refiere a la circunstancia del riesgo asumido por el prestamista, es criterio comúnmente aceptado que los intereses tolerables en los préstamos garantizados con hipoteca deben ser inferiores a los permisibles en préstamos sin garantía, en relación a la seguridad que tiene el prestamista de recuperar (en aquéllos) el capital y los intereses». Sin embargo, esta consideración apenas ha tenido reflejo. SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En la misma línea, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 109, allí puede verse jurisprudencia reciente.

⁷ SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En el mismo sentido, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 108. Así, también, GARCÍA CANTERO, «Préstamo, usura y protección de los consumidores», *AC*, 1989, p. 210, afirma: «El concepto clave de “interés notablemente superior al normal del dinero” no viene definido por la ley sino que se encomienda a la libre apreciación judicial según las circunstancias del caso». En el mismo sentido, cfr. HERNÁNDEZ GIL, Francisco, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y Coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), p. 1020.

jurisprudencia hubiera requerido el mantenimiento inalterado de las circunstancias económico-sociales de nuestro país, lo que obviamente no se ha producido, por lo que no resulta difícil encontrar decisiones aparentemente contradictorias [...]. Con carácter general, el TS ha declarado la necesidad de relacionar la cuantía del interés con el fin a que el prestatario destina el importe del préstamo y con los riesgos que corre el prestamista; así la Sentencia de 13 de marzo de 1943 toma en cuenta la circunstancia de haberse garantizado el crédito con hipoteca y destinado al pago de deudas»⁸. Como puede observarse, así sucede también en el supuesto que comento.

3) Situación angustiosa, atendiendo a las circunstancias de hecho que le rodean.—Sancho Rebullida apunta: «Ha declarado el TS que la calificación de usurario un contrato por esta circunstancia debe relacionarse con las situaciones fácticas de angustia personal, sean permanentes o transitorias, y cualquiera que sea la causa (SS de 6 julio 1942, 28 enero y 14 noviembre 1957 y 7 marzo 1959)»⁹.

Así se deduce del fundamento de Derecho primero, en el que se afirma: «B) La situación de los prestatarios era de angustia y necesidad según la sentencia que se recurre [...] D) La finalidad del préstamo era la del pago de las deudas pendientes de los prestatarios»¹⁰.

En esta misma línea, como se indica en el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de 29 de septiembre de 1992, se trata de supuestos «en que la normalidad de las gentes vería afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes».

Respecto al referido carácter cumulativo o alternativo de los dos primeros requisitos no se plantean dudas, ya que ambos (tipo de interés y circunstancias personales de angustia) concurren en este supuesto.

C) BREVE REFERENCIA AL LIBRE ARBITRIO JUDICIAL

El artículo 2 de la Ley de 1908 establece: «Los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes». Contempla la libre apreciación de los Tribunales en la calificación del préstamo, es decir los Tribunales fallarán según lo alegado por las partes (no según lo alegado y probado por las partes, principio que regía en la práctica judicial). En este sentido, Marín Perez lo califica como «aplúsimo arbi-

⁸ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

⁹ SANCHO REBULLIDA, en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 1985, p. 159. En el mismo sentido, en la edición de 2000 (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 109. ALBALADEJO, «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, pp. 36 y 37, ha matizado que «en cuanto al [préstamo] concertado en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, parece que —aparte de que ello pueda suponer un vicio de la voluntad— será preciso que el préstamo resulte también con un interés o notablemente superior o al menos superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, pues si el interés no es exagerado sino corriente, no se ve cómo pueda ser usurario, aunque sin embargo el contrato quepa impugnarse por el vicio de la voluntad a que pueda haber dado causa la situación angustiosa, la inexperiencia o lo limitado de las facultades mentales».

¹⁰ En parecido sentido se pronuncia la STS de 14 de septiembre de 1992, en su Fundamento de Derecho tercero: «La normalidad de las gentes verían afectadas sus facultades de decisión en situaciones semejantes».

trio judicial»¹¹. Afirma: «El sistema abierto y eminentemente de arbitrio judicial que con la ley se implantó causó profunda extrañeza entre los civilistas de por aquel entonces, demasiado apegados al legalismo, llegando, incluso, a considerarse peligroso para la seguridad jurídica al reservarse al arbitrio judicial facultades hasta el momento insospechadas; criterio legal que es, indudablemente, el único que podía otorgar una cierta vigencia a los pronunciamientos de la ley represiva en maniobras de tan difícil demostración como las usurarias»¹².

Así, en el segundo párrafo del fundamento de Derecho primero de la Sentencia objeto de comentario se alude a la plena libertad de la Sala en la calificación del préstamo al que se tilda de usurario.

D) SANCIÓN DE LA USURA

En principio, la sanción que establece la Ley de 23 de julio de 1908, para los contratos calificados como usurarios, es la nulidad.

Conviene recordar que en el artículo 3 se establece: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida, y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado».

Es discutida la naturaleza de esta sanción. En este sentido, Martínez de Aguirre Aldaz califica dicha nulidad como «atípica: a la acción para solicitarla se le aplica el plazo de prescripción quincenal del artículo 1964 (entre otras, SSTS de 23 de febrero de 1957 y 27 de octubre de 1960), y el único legitimado para ejercitarla es el contratante perjudicado (SS de 23 de mayo de 1929 y 11 de octubre de 1958)»¹³.

La jurisprudencia es contradictoria¹⁴. Me parece oportuno realizar una referencia doctrinal para observar los efectos diversos que se atribuyen —según se considere un supuesto de nulidad o anulabilidad—, por ejemplo respecto a la posibilidad de aseguramiento. Así, algunos autores consideran que se trata de nulidad absoluta y otros entienden que es un supuesto de anulabilidad.

¹¹ MARÍN PÉREZ, en el t. XXII-1.º de los *Comentarios EDESA*, Madrid, 1982, p. 130.

¹² MARÍN PÉREZ, *op et loc. ult. cit.*, afirma: «En recta interpretación del citado artículo 2.º, ha venido afirmando siempre numerosa doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo el libre albedrío de los juzgadores, tanto de instancia como del propio Órgano Supremo, para calificar conforme a las disposiciones de dicha ley el contrato litigioso sometido a su conocimiento, esto, reconociendo el amplísimo arbitrio judicial existente en la materia»; RODRÍGUEZ SAINZ GARCÍA, «Préstamo usurario: apreciación de sus requisitos y sanción de nulidad», *Poder Judicial*, 1993, núm. 29, p. 156; SABATER BAYLE, «Los contratos usurarios en la reciente jurisprudencia», *Aranzadi Civil*, 1994-I, p. VII. Este artículo 2 de la Ley de Represión de la Usura ha sido derogado por la disposición derogatoria única, Apartado 4.º, de la LEC de 7 de enero de 2000, aun cuando se ha mantenido este principio en la regulación de la LEC (art. 319). Así, en la regulación de las normas sobre prueba mediante documentos públicos, establece que los Tribunales formarán libremente su convicción sin atenerse a la regla legal que señala la eficacia en el proceso de dichos documentos (art. 319.3).

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, p. 682. En el mismo sentido, MARÍN PÉREZ, en el t. XXII-1.º de los *Comentarios EDESA*, Madrid, 1982, p. 137, mantiene una postura matizada, pues entiende que aunque la nulidad sea imprescriptible, se ha limitado la prescripción de la acción de nulidad al plazo de quince años, mediante la aplicación del artículo 1964 del Código Civil.

¹⁴ Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 38 ss.

1.º Entre quienes defienden que se trata de nulidad radical, cabe citar a Hernández Gil¹⁵, Albaladejo¹⁶ o Blasco Gascó¹⁷.

La nulidad absoluta ya fue proclamada en las SSTs de 9 de enero de 1933, 6 de abril de 1963, 14 de abril de 1966 y 30 de diciembre de 1987. En esta sentencia, en su fundamento jurídico quinto se afirma: «IV) La nulidad de los contratos a que se refiere el artículo 1 de la citada Ley de 1908 es la radical, por lo que a diferencia de lo que acontece con la anulabilidad y puesto que en la indicada norma no se señalan otros efectos (art. 6.3 del Código Civil), no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes. V) Como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en los contratos de 21 y 22 de enero de 1980 es radicalmente nula, la novación no puede operar su convalidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 en relación con el 6.3, ambos del Código Civil; cabe por tanto decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar –Sentencia de 26 de octubre de 1959–».

Quienes defienden la nulidad del préstamo usurario obtienen las siguientes consecuencias:

a) La acción de nulidad contra préstamos usurarios es imprescriptible. Como se señala más adelante, Albaladejo matiza que sin embargo es prescriptible y está sujeta al plazo de prescripción de quince años la acción de restitución.

b) Son contratos no confirmables ni convalidables.

c) No son susceptibles de novación porque ésta no se extiende a la obligación de restituir salvo que se hubiese previsto así en el contrato.

d) La acción de nulidad corresponde a todos los interesados en que ésta conste.

e) No son susceptibles de aseguramiento.

f) La obligación de devolver no nace del contrato, que es nulo, sino del artículo 1303 del Código Civil y del 3 de la Ley de Represión de la Usura.

2.º Otros autores se manifiestan contra la nulidad absoluta. En este sentido, afirma Marín Pérez: «Por lo demás, el alcance de la nulidad de estos contratos que la ley declara, no envuelve, como estableció, entre otras, la Sentencia de 6 marzo 1961, una nulidad radical o inexistencia del contrato por falta de alguno de sus requisitos esenciales, sino que es una nulidad decretada por la ley por hallarse viciado el contrato. Por otra parte, la acción de nulidad a que nos referimos no es una acción pública que pueda ser ejercida por todos los ciudadanos, pues se concede exclusivamente a favor del contratante perjudicado por el contrato tachado de usurario, habiéndose de referir a contratos pendientes de extinción o de total cumplimiento, como así lo revela claramente el texto de los artículos 3 y 4»¹⁸. De la misma opinión es De Ángel Yáguez¹⁹.

¹⁵ HERNÁNDEZ GIL, Francisco, en *Comentario del Código Civil* (Presidente y Coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), p. 1022.

¹⁶ ALBALADEJO, *op. cit.* pp. 33 ss.

¹⁷ BLASCO GASCÓ, en *Derecho de obligaciones y Contratos* (Coordinadora: Valpues- ta Fernández), Valencia, 1994, p. 714.

¹⁸ MARÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 138.

¹⁹ DE ÁNGEL YÁGUEZ, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, p. 1631.

Así, quienes defienden la anulabilidad del préstamo usurario, aportan algunas de las siguientes razones²⁰:

- a) La existencia de plazo de prescripción, cuya duración es discutida. Algunos autores consideran que se trata de un plazo de cuatro años²¹, otros entienden que el plazo es de quince años²².
- b) La acción corresponde al contratante perjudicado.
- c) Es susceptible de aseguramiento.
- d) Son contratos confirmables o convalidables por actos de los interesados o por el cumplimiento.
- e) Son susceptibles de novación.
- f) Del contrato usurario queda subsistente la obligación de devolver, por lo que los efectos no desaparecen en su integridad.

Desde otro punto de vista, García Cantero propone la posible aplicación del artículo 10.1.c F.4 de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, de tal modo que sería nula la cláusula relativa al tipo de interés, no todo el contrato, salvo que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual (art. 10.4.2)²³. A mi juicio, sería deseable esta solución, aun cuando no es seguro que los Tribunales se pronuncien en este sentido con la legislación vigente. Por ello, me parece oportuna una reforma legal adoptando expresamente la adecuada solución propuesta por García Cantero²⁴.

²⁰ Cfr. MARÍN PÉREZ, *op. et loc. ult. cit.*; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *op. et loc. ult. cit.*; RODRÍGUEZ-SAINZ GARCÍA, «Préstamo usurario: apreciación de sus requisitos y sanción de nulidad», *Poder Judicial*, 1993, núm. 29, pp. 157 ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 40, se refiere a sentencias que acogen la anulabilidad.

²¹ SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, p. 161, manifiesta: «En el Código Civil la acción de nulidad está prevista genéricamente para caso de que falten los requisitos esenciales, consentimiento, objeto y causa (art. 1261) y el artículo 1301 señala el plazo de ejercicio de cuatro años, a partir del día en que cesó la intimidación o violencia en el consentimiento, o desde la consumación del contrato en caso de error, dolo o falsedad de la causa. Por tanto, hay que entender que el artículo 1301 se aplica por analogía a las nulidades arbitradas en los artículos 1 y 9 de la Ley especial y, por tanto, su plazo es de cuatro años». Ha de tenerse en cuenta también que el propio Azcárate manifiesta en el discurso que precede a la inicial Proposición de Ley citado anteriormente (tomado de SABATER BAYLE, *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, 1986, pp. 149 ss.) su inspiración en los artículos del Código Civil relativos a la nulidad de los contratos.

²² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993, p. 1631, afirma: «La ley no declara la nulidad radical del contrato, por lo que la acción ha de ejercitarse dentro del plazo general de quince años (art. 1964)».

²³ GARCÍA CANTERO, «Préstamo, usura y protección de los consumidores», *AC*, 1989, p. 209. Por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en la disposición adicional primera, apartado dos, se da nueva redacción al artículo 10 y, en su apartado tres, se añade un nuevo artículo 10 bis. En dicho artículo 10 bis, apartado 2, *in fine*, se contiene la vigente redacción de esta materia en los siguientes términos: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato».

²⁴ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

3.º En una posición intermedia, Díez Picazo parece que opta por la anulabilidad, aun cuando juzga más adecuada la sanción de la nulidad absoluta. Afirma: «La acción ha de ejercitarse dentro de un plazo determinado, pues la Ley de 1908 no declara expresamente la nulidad radical del contrato con su secuela de imprescriptibilidad de la acción. Pero, al no fijar tampoco aquel plazo, se estará al general de quince años (art. 1964) (SS de 14 de diciembre de 1949 y 27 de octubre de 1960), debiendo ejercitarse la acción mientras el contrato no esté consumado (S de 2 de noviembre de 1982). Más correcta parece la tesis de que el contrato es radicalmente nulo, no susceptible de confirmación, por lo que no tiene razón de ser ni la prescriptibilidad de la acción, ni la necesidad de su ejercicio mientras el contrato no está consumado»²⁵. Así también, Martínez de Aguirre Aldaz considera que «esta doctrina [relativa a que la acción de nulidad no cabe cuando el contrato está ya consumado] es discutible, ya que supone la definitiva legalización del préstamo usurario ya pagado: la cuestión no es si el prestatario ha podido pagarlo o no, sino si el préstamo es, en sí, usurario»²⁶. Por todo ello, me parece que no ha de ser relevante el hecho de que el préstamo se haya pagado o todavía no se haya completado el pago.

En mi opinión, en el caso resuelto por la sentencia comentada, considero que se trata de un préstamo usurario por las siguientes razones:

1.ª La forma clandestina en que se contrajo, de modo que el interés pactado en el documento público era del 4 por 100 y el real de un 20 por 100. Como se indica en la sentencia comentada, no parece lógico el ocultamiento del tipo de interés del 20 por 100 si éste fuese normal, teniendo en cuenta —entre otras circunstancias que se indican a continuación— que se cobraba por anualidades adelantadas.

2.ª El prestamista era un particular, que no debe contar con las posibles fallidos de otros préstamos concedidos. Por ello, el tipo de interés debería ser inferior al fijado por una entidad de crédito.

3.ª La garantía hipotecaria sobre bienes de un valor muy superior al importe del préstamo determina que el prestamista se asegura el pago, de tal manera que el riesgo del prestamista era mínimo.

4.ª La situación del prestatario era de angustia, pues estaba separado del servicio, y con cargas familiares, de modo que el préstamo se contrató para pagar deudas pendientes.

Por todo ello, considero que se trata de un préstamo usurario, pues el interés es superior al normal del dinero teniendo en cuenta las referidas circunstancias del caso (préstamo de un particular con garantía hipotecaria), así como la situación de angustia del prestatario.

En consecuencia, me parece ajustado a Derecho el fallo de la sentencia comentada, que declara nulo el contrato de préstamo. Así pues, cada uno debe devolver las sumas indicadas en el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura.

²⁵ DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 1990, p. 463.

²⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. et loc. ult. cit.*

II) Subsistencia de la garantía hipotecaria

A) NULIDAD DE CONTRATOS ACCESORIOS

En principio, se admite la nulidad del contrato accesorio una vez declarado nulo el negocio principal. En este sentido, la STS de 20 de junio de 2001 declara la nulidad del préstamo y ordena la cancelación de la inscripción de hipoteca. Desde un punto de vista estricto, es la solución más acorde con el carácter accesorio de la hipoteca (cfr. arts. 1857 del CC y 104 LH), así como con los principios hipotecarios de especialidad y determinación. Posiblemente, el legislador de 1908 quiso sancionar con la extinción de la garantía accesorio al prestamista cuyo contrato se califica como usurario. Me parece que no es una solución segura, y quizá es una sanción excesivamente grave para el prestamista, aun cuando, insisto, a mi juicio, es la más ajustada a Derecho.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contradictoria en esta materia. Así, hay sentencias en las que una vez declarada la nulidad –por usurario– del préstamo hipotecario, se ordena la cancelación de la inscripción y anotación relativas a la hipoteca. Sin embargo, en otras sentencias se mantiene la garantía hipotecaria. Así, en la Sentencia de 14 de junio de 1984, considerando cuarto, el Tribunal Supremo resuelve en los siguientes términos: «el pronunciamiento de nulidad alcanza al negocio usurario en la medida que lo afecta la mácula que lo determina, sin que sea posible desconocer que se ha producido un desplazamiento patrimonial por efecto de una básica operación de préstamo, cuya realidad subyace e impone la devolución de la suma verdaderamente entregada, y ya se entienda que esta obligación de restituir se genera *ex mutuo* en lo que el negocio fue válido, o que surge como aspecto de la declaración de nulidad, es incuestionable en todo caso que, aun sin traer a colación el principio favorable a la nulidad parcial de los contratos sancionado por la jurisprudencia –SS de 30 de marzo de 1950, 3 de junio de 1953 y 10 de octubre de 1977– asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida, y, por consiguiente, no se desnaturaliza el carácter accesorio de la hipoteca consagrado en los artículos 1528 y 1857, número 1.º, del Código Civil, y 105 de la Ley Hipotecaria, como ligada que está a la existencia del derecho principal asegurado, cuya extensión y la de la correspondiente garantía pactada por los contratantes reduce en justa proporción la Sala en atención a la nulidad operada, pero por obra misma de su accesoriidad habrá de subsistir la hipoteca en tanto el pago del crédito no provoque su extinción (arts. 144 de dicha Ley y 240 del Reglamento Hipotecario), doctrina ya mantenida por este Tribunal en Sentencia de 6 de marzo de 1961». Ciertamente, de este modo se respeta el principio de accesoriidad de la hipoteca respecto al crédito, pero quiebran los principios de determinación y especialidad, que rigen en Derecho hipotecario para la inscripción de la hipoteca. Así, en la STS de 20 de junio de 2001 se afirma: «Esta Sala ha declarado que las obligaciones de restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad de un contrato no derivan del mismo sino de la Ley que las impone, son por tanto obligaciones legales y no contractuales (Sentencias de 10 de junio de 1952, 24 de febrero de 1992 y 6 de octubre de 1994). Por tanto, no se ve cómo pueda subsistir una hipoteca constituida voluntariamente con los requisitos precisos para su inscripción registral en atención a los principios hipotecarios de especialidad y determinación, a fin de que garantice otra obligación principal distinta y por un tiempo que no se ha establecido obviamente, dado el origen no contractual de la hipo-

teca. La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriedad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción». A mi juicio, es más ajustada al Derecho vigente, en interpretación estricta, el fallo de la STS de 20 de junio de 2001, por el que se declara la nulidad del contrato de préstamo y la cancelación de la inscripción de la hipoteca, todo ello, como se ha indicado, a la luz de los referidos principios de especialidad y determinación que rigen en Derecho hipotecario, así como al principio de accesoriedad de la hipoteca respecto del contrato que garantiza.

Por otra parte, el hecho de que el prestatario pretenda la extinción del derecho real de garantía lleva a dudar acerca de su voluntad de devolver lo que recibió. Así, continúa el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio de 1984: «No deja de resultar sospechoso ese afán de la sociedad deudora por lograr la desaparición del derecho real de garantía que sujeta a los bienes hipotecados, cuando van transcurridos más de seis años desde la entrega del numerario y no consta en las actuaciones antecedente alguno que permita basar la creencia en su presta disposición a reintegrar la suma recibida que por exigencias nominalistas será reintegrada al mutuante en la misma cifra del numerario, aunque con moneda cuyo valor ha experimentado disminución». Me parece que, en la práctica, el prestatario difícilmente podrá devolver el importe del capital, por lo que la subsistencia de la garantía hipotecaria aseguraría que el prestamista pudiera cobrar aquello que entregó. Si se cancela dicha garantía, podría suceder que otros acreedores fuesen preferentes y por tanto el prestamista no obtendría la restitución, lo que parece una sanción excesiva para quien prestó el dinero. Ahora bien, no es seguro si la *voluntas legis* es sancionar al prestamista usurero con la pérdida de la garantía hipotecaria como medida disuasoria en la concesión de tales préstamos.

Además, mediante una interpretación sociológica del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, junto con el artículo 10 de la Ley 26/1984 –como propone García Cantero²⁷–, que sanciona con nulidad únicamente la cláusula –en este caso relativa al tipo de interés–, no el contrato; y aplicando el principio de conservación del negocio, podría defenderse la validez del contrato, sustituyendo la cláusula relativa al tipo de interés. De este modo, se mantendría la garantía hipotecaria. Ahora bien, esta solución no es segura. Por ello, me parece que, en aras de la seguridad jurídica, debería reformarse la Ley de Usura en el sentido de que no se declare nulo el contrato, sino simplemente la sustitución de la cláusula en que se fije el tipo de interés por aquella en que el tipo sea el 0 por 100, o, en su caso, el interés legal, de tal modo que se incluiría en el apartado siguiente relativo a la posible ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas²⁸.

En el mismo sentido, en la STS de 8 de noviembre de 1991 se declara la nulidad del préstamo por usurario, pero subsiste la obligación de devolver el importe recibido y subsiste la hipoteca a tal fin. Así, en el fundamento jurídico sexto cita la referida argumentación de la STS de 14 de junio de 1984.

²⁷ GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*

²⁸ Cfr. artículos 1508 y 1608 del Código Civil; 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, y 3 de la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995.

A mi juicio, aun reconociendo que no carece de objeciones²⁹, resulta más equitativa para ambas partes la subsistencia de la garantía hipotecaria limitada al importe del capital que se debe devolver, que podría concretarse en una novación del contrato primitivo.

En nuestra doctrina, afirma Rivero Hernández: «En principio la invalidez de un acto debe trascender a otro posterior que con él se relacione, o que se apoye en él, “no sólo cuando éste presuponga, para su validez, la circunstancia de un determinado estado o condición de alguno de los participantes, que intentó adquirirse mediante el acto nulo precedente, o cuando el acto posterior persiga el mismo fin de defraudar la ley o de atentar a la moral o al orden público; o sea, que presidiendo a ambos una unidad intencional, sea el anterior causa eficiente del posterior, que así se ofrece como la consecuencia o culminación del proceso perseguido” (SS de 20 de noviembre de 1964)»³⁰. Por ello, una vez declarada la nulidad del préstamo, debe cancelarse la garantía accesoria, es decir, la hipoteca. No obstante, advierte que el TS, aun tratándose de nulidad, tiene declarado que asiste al prestamista un crédito para obtener la devolución de la suma recibida, por lo que subsiste en esta proporción la hipoteca constituida (SS de 14 de junio de 1984 y 8 de noviembre de 1991)³¹.

En el mismo sentido, De Pablo Contreras afirma: «La nulidad del contrato puede determinar la de otros coligados o conexos, lo que ocurrirá cuando sean accesorios de aquél (así, art. 1824 CC, para la fianza)»³². Tras referirse a diversos supuestos, afirma finalmente: «En lo demás, situados en el contenido del contrato que no posea la condición de esencial, no hay inconveniente en

²⁹ Como he indicado *supra*, es más ajustado a Derecho, a mi juicio, entender que si el contrato de préstamo es nulo, debe cancelarse la inscripción de hipoteca que lo garantizaba.

³⁰ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, 2.ª edición (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), pp. 561 y 562.

³¹ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, volumen II, Contratos y Cuasicontratos. Delito y Cuasidelito, 1999, 2.ª edición (revisada y puesta al día por Rivero Hernández), p. 109.

³² DE PABLO CONTRERAS, en Martínez de Aguirre Aldaz, De Pablo Contreras, Pérez Álvarez Parra Lucan, *Curso de Derecho civil*, Madrid, 2000, p. 460. En el mismo sentido, Díez Pícazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, Madrid, 2001, p. 105, afirma, respecto a la nulidad absoluta: «La nulidad tiene una tendencia propagadora, es decir, alcanza a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo (S de 13 de abril de 1988). Sin embargo, dada la carencia de una norma positiva, no se pueden dar principios generales, y la decisión de cuándo existe aquella dependencia queda a criterio del juzgador. Parece que la nulidad de los negocios posteriores se declarará cuando existe una *unidad intencional* que presida la celebración de los mismos, en suma, cuando el anterior sea causa o razón suficiente de la celebración del posterior (S de 10 de noviembre de 1964)». Así, si se declara la nulidad, los contratantes están obligados a restituirse recíprocamente, y además se ordenará la cancelación de la hipoteca. Parece deseable que se declarase únicamente la nulidad de la cláusula y se mantuviese la hipoteca. Ahora bien, siguiendo una interpretación teleológica de la ley —que pretende reprimir la usura, protegiendo al prestatario, evitando los préstamos usurarios—, posiblemente sea más acorde con la finalidad de la ley la nulidad de la hipoteca para sancionar así al prestamista que concede un préstamo usurario.

Respecto de los contratos anulables, en Díez Pícazo y Gullón, *op. ult. cit.*, p. 109, afirma: «Los contratos anulables producen efectos legales desde su perfección, pero son claudicantes o provisionales, en el sentido de que cesarán y se tendrán por no existentes ab initio si la nulidad se declara judicialmente.

Esta declaración judicial llevará consigo la restitución del estado de cosas existente a la celebración del contrato».

admitir que valga el resto del contrato cuando, suprimida la cláusula o cláusulas específicamente afectadas por la invalidez, se pueda inferir que, sin ellas, las partes lo habrían igualmente celebrado. En este sentido, puede entenderse vigente en nuestro Derecho el principio que expresa la máxima *utile per inutile non vitiatur* (lo útil no resulta viciado por lo inútil)³³. Si se aplica este principio, es dudoso que se pudiese mantener la validez del contrato de préstamo, ya que ciertamente el tipo de interés es una condición esencial en este contrato. Por tanto, seguramente que sin esta cláusula el prestamista no habría concedido el préstamo.

Así, Delgado Echeverría afirma: «Respecto de la propagación de la ineficacia, y en ausencia de norma legal, puede razonarse, en primer lugar, sobre la idea de accesoriedad. La invalidez de la obligación, cláusula o contrato principal acarreará la de lo accesorio, tanto si es parte del mismo contrato (por ejemplo, cláusula penal) como si se trata de contrato coligado o conexo (por ejemplo, fianza, art. 1824)³⁴. Añade: «Para la Sentencia de 8 diciembre 1991, una vez declarado nulo un préstamo por usurario, no desaparece el contrato accesorio de fianza, al quedar subsistente la obligación de restituir la suma efectivamente recibida por el prestatario. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia francesa (Ghestin, ob. cit., p. 1063). La solución es dudosa, y acaso pueda argumentarse por ser indiferente para el fiador que la obligación de restituir sea la fundada en el contrato o en la ley»³⁵. A mi juicio, sería deseable, para evitar estas dudas, una redacción clara de esta materia, de modo que se declarase nula la cláusula y se mantuviese el contrato principal. Así, claramente quedaría vigente la garantía accesorio correspondiente.

Desde otro punto de vista, Albaladejo, defensor de la nulidad absoluta del contrato de préstamo usurario, afirma: «En cuanto a la fianza, que “no puede existir sin una obligación válida” (art. 1824.1.^a), es claro que no cabe que sea prestada válidamente para las de un contrato nulo como el de préstamo usurario que, por definición no obliga. Esto es claro y no tiene más que decir para la fianza de la obligación de pagar intereses. En cuanto a la de restituir, lo mismo el prestatario lo que recibió, que el prestamista lo que cobró, ciertamente que hay obligación, pero no procedente del contrato, sino de la recepción de la suma prestada o del cobro de los intereses ilegales. Casos los cuales, en los dos, hay una obligación válida, que es, por tanto, afianzable. Si la fianza se prestó específicamente para ella, no hay cuestión. Pero si se prestó para el contrato de préstamo ¿vale para la obligación de restituir, que no nace de él, sino de su nulidad? Yo creo que a pesar del tratamiento restrictivo de la fianza (art. 1827 CC), es seguro que se debe mantener que, salvo que se excluya, la voluntad de afianzar comprende tanto la de afianzar las obligaciones contractuales como las que pueda generar la invalidez del contrato. Otra cosa sería por completo inequitativa e iría contra el espíritu del artículo 1258»³⁶.

³³ DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, p. 474.

³⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo XVII, vol. II, artículos 1281 a 1314 del Código Civil, Madrid, 1995, p. 403.

³⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. ult. cit.*

³⁶ ALBALADEJO, «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, p. 44. Respecto del carácter restrictivo de la fianza, el artículo 1827 establece: «La fianza no se presume, debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella».

En parecido sentido, y respecto a la hipoteca, el artículo 1876 del Código Civil, relativo a la hipoteca, establece: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre

El efecto, respecto a la existencia del aseguramiento, según Albaladejo, sería el mismo si consideramos el contrato de préstamo nulo o anulable:

– Si es nulo, la garantía hipotecaria se extiende a la obligación de restitución, sea porque así se expresó o por aplicación del artículo 1258 del Código Civil, según el cual: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

– Si es anulable, la obligación de restitución sería un efecto del contrato, en los términos que se hubiese pactado, y se mantendría la garantía hipotecaria.

En definitiva, la hipoteca garantizaría la obligación de restituir el capital, descontando de él los intereses indebidamente pagados por tratarse de préstamo usurario, cuya sanción es que se devuelve la cantidad del capital, pero no los intereses. En mi opinión, es dudoso que los Tribunales resolvieran en este sentido, ateniéndose al Derecho vigente, pues entiendo que no se respetan los principios de especialidad y determinación que rigen para la inscripción de la hipoteca.

Respecto a los efectos de la nulidad, Albaladejo insiste en que «siendo nulo el préstamo, carece de efectos, y el restitutorio procede, no del contrato, sino de las entregas hechas por el prestamista o prestatario»³⁷.

Criticando la nulidad establecida por la Ley de Represión de la Usura, propone como mejor solución que el tipo de interés se sustituya por el que corresponda al interés legal del dinero, o que se tratase de un contrato rescindible por el prestatario, tomando como referencia la regulación establecida en otros países³⁸. En este sentido, el anteproyecto de Código Europeo de Contratos, redactado por la Academia de Privatistas Europeos, en su artículo 30.3, establece: «Es rescindible, como se prevé en el artículo 156, todo contrato por el cual una de las partes, abusando de la situación de peligro, de necesidad, de incapacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la dependencia eco-

que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». El artículo 104 de la Ley Hipotecaria tiene el mismo contenido.

³⁷ ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 48. Esta acción está sujeta al plazo de prescripción de quince años.

³⁸ Cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 48 y 49. En concreto, se refiere al Código italiano de 1942 y al Código portugués de 1966. Así, en relación al primero advierte «que si los intereses son usurarios, la cláusula es nula y se deben sólo en la cuantía legal. Con lo que el contrato vale con sustitución del interés pactado por el legal, así que sigue sin más funcionando, pero ya sin usura». Respecto del segundo, afirma: «Solución también del Código portugués de 1966, artículo 1146.3, en el que el interés usurario, que lo es el que supera una cierta cifra máxima según los casos, se reduce por la ley a ese máximo, manteniéndose el contrato; y solución asimismo de la Ley francesa de 26 de diciembre de 1966, artículo 5, para la que los intereses excesivos “se imputan de pleno derecho a los normales ya devengados y subsidiariamente al capital”». También MARÍN PÉREZ, *op. cit.*, p. 113, refiriéndose al Derecho italiano advierte: «Si se han convenido intereses usurarios la respectiva cláusula contractual es nula; sin embargo, se trata de nulidad parcial, a tenor del artículo 1419, apartado primero, el citado CC italiano, con la consecuencia de que queda firme la obligación de los intereses, pero en la medida legal (art. 1815), y que, por otra parte, el mutuante, no quedando enteramente sin efecto el contrato, no tiene el poder de constreñir al mutuuario a la inmediata restitución del capital que se le ha prestado, aunque la medida de los intereses sea inferior a la pactada.»

nómica y moral de la otra parte, hace prometer o proporcionar a ella misma o a un tercero una prestación o otras ventajas patrimoniales, manifiestamente desproporcionadas en relación a la prestación que le ha sido proporcionada o prometida»³⁹. El artículo 156.1 establece: «Sin perjuicio de lo previsto para la usura por las reglas comunitarias o en vigor en los Estados miembros de la Unión Europea que son aplicables, en la hipótesis prevista por el artículo 30, apartado 3, la parte que pretenda proceder a la rescisión del contrato debe dirigir a la otra parte una declaración que contenga las indicaciones necesarias, a la cual se aplican las disposiciones que figuran en los artículos 21 y 36, apartado 2».

Se prevé la posibilidad de rescindir el contrato, es decir se considera que el contrato ha sido válidamente celebrado, pero se permite que quien sufrió lesión pueda proceder a la rescisión del mismo.

Ahora bien, por una parte, la solución ofrecida por la Ley de Represión de la Usura es más beneficiosa para el prestatario, ya que sólo debe restituir el capital prestado –no los intereses legales–, pero, por otra parte, en pocas ocasiones se califica el préstamo de usurario.

En definitiva, considero, de acuerdo con el pronunciamiento judicial comentado, que la hipoteca es accesoria del contrato de préstamo. En consecuencia, una vez declarada la nulidad del préstamo usurario, debe ordenarse la cancelación de la hipoteca –según los preceptos y principios vigentes a los que me he referido *supra*–, pues lo accesorio (hipoteca) no puede garantizar un contrato nulo (contrato usurario de préstamo). Además, entiendo, con la STS de 20 de junio de 2001, que de este modo se respetan los principios de especialidad y determinación que rigen en Derecho hipotecario. No obstante, considero con García Cantero que se podría realizar una interpretación sociológica del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, junto con el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –que sanciona con nulidad únicamente la cláusula, referida en este supuesto al tipo de interés, no el contrato; y aplicando el principio de conservación del negocio podría mantenerse la validez del contrato, sustituyendo la cláusula relativa al tipo de interés–, que sería más equitativa, aun cuando no es seguro que fuese adoptada por nuestros Tribunales, con el Derecho vigente.

B) POSIBLE INEFICACIA PARCIAL DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Respecto a la ineficacia parcial, afirma Rivero Hernández: «No resulta con claridad si, fuera de los supuestos legalmente previstos, el punto de partida es la ineficacia parcial (salvo que se pruebe que no se hubiera querido el contrato así, disminuido en sus efectos, solución italiana) o la total ineficacia,

³⁹ La redacción del texto francés es la siguiente: «Est rescindable, comme il est prévu à l'art. 156, tout contrat par lequel une des parties, abusant de la situation de danger, de nécessité, d'incapacité de comprendre et de vouloir, d'inexpérience, d'assujettissement économique et moral de l'autre partie, fait promettre ou fournir à elle-même ou à des tiers une prestation ou d'autres avantages patrimoniaux manifestement disproportionnés par rapport à la contrepartie qui lui a été fournie ou promise».

Artículo 156.1: «Mis à part ce qui est prévu pour l'usure par les règles communautaires ou en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne qui se rendent applicables, dans l'hypothèse prévue par l'art. 30 al. 3, la partie qui désire procéder à la rescision du contrat doit adresser à la contrepartie une déclaration, contenant les indications nécessaires, à laquelle s'appliquent les dispositions figurant dans les art. 21 et 36 al. 2».

salvo prueba de una voluntad hipotética que permita mantener parcialmente los efectos del contrato (solución del BGB, y la más acorde con el sistema de nuestro Código, en que la nulidad parcial no está prevista sino para casos determinados)»⁴⁰.

En relación a la ineficacia parcial con sustitución imperativa de cláusulas (fenómeno consistente en la «sustitución automática de las cláusulas contractuales contrarias a determinadas normas imperativas por el contenido de éstas, que se incrustan en el contrato en sustitución de la voluntad privada en contrario. En tales casos –legislación, por ejemplo, contra la usura [...]– la nulidad parcial (eliminación de las cláusulas disconformes con los preceptos imperativos) es sólo el mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la normativa *ex lege* que se impone como contenido preceptivo del contrato»⁴¹.

Según este planteamiento si el contrato se mantenía, también la hipoteca vendría a garantizar la obligación de restituir, en el supuesto objeto de estudio, el capital prestado.

Ahora bien, en la Sentencia de 20 de junio de 2001 se afirma: «La Ley de 1908 es clara (art. 3) en su declaración de nulidad de contrato de préstamo usurario, no dispone su nulidad parcial en aquello que la contravenga, ni otra regla contraria a la accesoriidad de la hipoteca, por lo que el órgano judicial no puede ser la fuente creadora de una garantía real con los necesarios requisitos exigidos para la inscripción». Parece, a mi juicio, la interpretación más ajustada a la regulación establecida por la Ley de Represión de la Usura, y precisamente, porque en el afán de reprimir la usura, se sanciona al prestamista, no sólo con la pérdida de los intereses, sino también con la de la garantía, en este caso, hipotecaria.

C) ASPECTOS REGISTRALES

En el supuesto de que la propia sentencia declare la nulidad del préstamo usurario, y la cancelación de la inscripción de la hipoteca, como sucede en este supuesto, el Registrador lo realizará en virtud del artículo 82 LH, que establece: «Las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de escritura pública, no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos».

En el caso de que la sentencia declare la nulidad del préstamo y no se pronuncie respecto de la hipoteca que lo garantizaba, probablemente pudie-

⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, volumen I, parte general, Teoría General del Contrato, 2000, p. 562; MARÍN PADILLA, «El principio general de conservación de los negocios jurídicos, *Utile per inutile non vitiatur*», Barcelona, 1990, p. 32, recoge cómo ya en Derecho Romano, se podía observar la aplicación de la máxima referida en algunos supuestos. Así, respecto a los contratos en donde se pacten intereses superiores a los legalmente establecidos, afirma: «En realidad, por un medio o por otro, de lo que se trata es de salvar el contrato, como dice textualmente Paulo: “Es sabido, que solamente no se deben los mismos intereses ilícitos mezclados con el capital, pero que no vicia el capital”».

⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, II, Volumen I.º. Parte General. Teoría General del Contrato, 2000, pp. 561 y 562.

ra acceder al Registro de la Propiedad como una novación, el nuevo importe de capital que garantizaría la hipoteca sustituyendo el tipo de interés pactado –y calificado como usurario– por un tipo del 0 por 100, en virtud de los referidos artículos 82 y 144 LH. En este sentido, el artículo 144 LH establece: «Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o compromiso de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos».

En definitiva, se trataría de una novación, semejante a la prevista por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, en cuanto que su objetivo es modificar el tipo de interés. El artículo 2 de dicha ley, referido a los requisitos de la subrogación, califica dicha modificación como novación modificativa en los siguientes términos: «Entregada la certificación, la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación si en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde dicha entrega, formaliza con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario». A continuación, el artículo 5 ab initio concreta su acceso al Registro, en este caso, mediante nota marginal: «El hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal».

Por todo ello, considero que mediante la sentencia que declara usurario el préstamo, se podrá sustituir el importe que inicialmente garantizaba la hipoteca (capital prestado e intereses calificados como usurarios) por la nueva suma que se garantiza (únicamente el capital del préstamo). Así, en virtud del artículo 82 LH, referido a las modificaciones registrales en virtud de sentencia, junto con el 144, que contempla la novación, y las normas contenidas en la referida Ley 2/1994, entiendo que podrá acceder al Registro de la Propiedad el nuevo importe que garantizaría la hipoteca.

CONCLUSIÓN

El artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura sanciona con nulidad el contrato de préstamo calificado como usurario. La garantía hipotecaria es accesoria de la obligación principal del prestatario. A mi juicio, esta solución no es satisfactoria.

Caben aquí tres perspectivas:

1.^a Interpretación estricta del Derecho vigente.–Desde este punto de vista (fundamentalmente la Ley de 1908 y el art. 1857 del Código Civil y el 104 LH, referidos estos últimos al carácter accesorio de la hipoteca respecto del préstamo garantizado), y siendo que la nueva LEC (no aplicable al supuesto objeto de comentario) no ha derogado el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, pudiera pensarse que nuestro legislador quiere sancionar con la nulidad de la garantía hipotecaria a quien prestó a un interés usurario.

2.^a Interpretación sociológica y principio de conservación del negocio.–El artículo 10 de Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumi-

dores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, establece la nulidad de la cláusula, salvo que la solución no fuese equitativa⁴².

Teniendo en cuenta que el prestamista ha concedido un préstamo en condiciones que han llevado a calificarlo de usurario, ha de sancionarse a dicho contratante. Considero que sería equitativo que se mantuviese la garantía hipotecaria en favor del prestamista, y que el prestatario únicamente tuviese obligación de devolver el importe del capital.

Por tanto, a la luz del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, en interpretación sociológica con el artículo 10 de la Ley 26/1984, me parece más adecuado que, una vez calificado el préstamo como usurario, se sancione con nulidad únicamente la cláusula relativa al tipo de interés, cuya consecuencia es devolver sólo el capital. Ahora bien, la garantía hipotecaria no desaparece, sino que se limita al capital pendiente de devolución. No obstante, admito que es dudoso que ésta sea la *voluntas legis*.

3.^a Propuesta *de lege ferenda*.—Sería deseable que se reformase la ley en el sentido de que se declarase nula la cláusula relativa al tipo de interés, pero se mantuviese el resto del contrato de tal modo que la garantía hipotecaria garantizaría el capital que se deba restituir.

⁴² Actualmente se regula en su artículo 10 bis.2 *in fine*, en los términos referidos *supra*.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Andrea MACÍA MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Albert RUDA GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.–La S de 21 de mayo de 2001 hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios señalando que «esta Sala tiene declarado que para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada» (SSTS de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la STS de 28 de enero de 2000 «el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (*nemo potest contra proprium actum venire*), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 CC que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que se cree en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carác-

ter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido de que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina (recogida en numerosas SSTs, como las de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (SS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999) o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico». (STS de 25 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Desestimada en ambas instancias la demanda formulada por *Pueyo y Mendiara Transportes, S. L.* contra *Tecsa, Empresa Constructora S. A.* en reclamación de la parte del precio que se dice debido y no satisfecho del contrato de ejecución de obra concertado entre ambas, interpone *Pueyo y Mendiara Transportes, S. L.* recurso de casación apoyándose fundamentalmente en la infracción por inaplicación del principio *nemine licet adversus sua acta venire*. El TS declaró no haber lugar. (R. G. S.)

2. Doctrina de los actos propios.—La sentencia conforme a la prueba practicada establece que la «demandada mantiene abiertas luces y vistas frente al fondo de la actora que no respetan las distancias que marca el artículo 582 CC, a saber, dos metros en vistas rectas y sesenta centímetros en la oblicuas». Matiza que «consta que entre las edificaciones de demandante y demandada existe un pasillo de sesenta centímetros que, como declara la parte actora en su demanda, se aperturó en aras a las relaciones de buena vecindad y con objeto de no privar de luz y ventilación a sus vecinos». De esta afirmación extrae la consecuencia de no aceptar la petición de la demandada tendente al cierre de ventanas, que fue concedida en la sentencia de instancia pues ello iría contra los propios actos de la parte actora, que ejercitaría una acción sin someterse a los postulados de la buena fe» (art. 7 CC). Mas no se puede compartir la tesis de los actos propios, como justificación de la permanencia de los ilegales huecos pues no se concretan, ni determinan el alcance de estos propios «actos», apoyados, a lo que se dice, en relaciones de buena vecindad que, en todo caso, motivarían una conducta de tolerancia, reducida a «luz y ventilación» y no a «luces y vistas», por cuanto aquella finalidad se satisface sin necesidad de extralimitarse, de acuerdo con las previsiones del artículo 581 CC. La construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige que los mismos como expresión del consentimiento, se realicen con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos —SS de 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 11 de marzo, 14 de mayo y 17 de noviembre de 1991—. Viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto —SS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992— (S de 10 de noviembre de 1992). En igual sentido la STS de 13 de junio de 2000.

Adquisición de servidumbre por negocio jurídico.—En lo referente a la posible adquisición de la servidumbre por título o negocio jurídico (art. 537 en relación con el art. 504 CC) la jurisprudencia (SSTS de 6 de diciembre de 1985 y 27 de febrero de 1993, entre otras) tiene declarado, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando en caso de duda, la presunción de libertad del fundo (SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970), de tal suerte que, por muy amplia que haya podido ser en el supuesto de autos el grado de tolerancia mostrado en torno a los huecos abiertos por los precedentes titulares del que hoy se pretende fundo sirviente, no es posible atribuir a dicha actitud el valor de voluntad precisa y tajante exigida doctrinalmente para dar lugar al nacimiento del derecho real, sin que pueda considerarse acreditado el supuesto convenio verbal invocado de contrario. (STS de 21 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Los actores reclamaban el cierre de unas ventanas que los demandados habían abierto en pared propia con vistas a la finca de aquéllos además de la declaración de su derecho a continuar la obra suspendida por razón de un procedimiento anterior. El Juzgado alzó la suspensión y condenó a los demandados al cierre de las ventanas. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación estimando la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas pero manteniendo las luces y vistas en una distancia de sesenta centímetros en virtud de un pasillo abierto por la actora que debía mantenerse. Interponen recurso de casación los actores en la instancia. El TS declara haber lugar. (R. G. S.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Sistema de apelación limitada.—La concesión que se hace por el legislador al *ius novorum* no permite en ningún caso la ampliación del objeto del proceso tal y como ha quedado fácticamente sustanciado en el pleito porque no se aplica en nuestro Derecho el sistema de apelación plena, sino limitada (*pendente appellatione nihil innovetur*), y resulta claro que la solicitud de la parte recurrente de que se incorporen a las actuaciones publicaciones posteriores, incluso a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, supone una tentativa de ampliar el objeto procesal porque se trata de hechos nuevos con propia sustantividad y susceptibles de consideración autónoma, carentes, salvo en el aspecto personal (sujetos activos y pasivo), de nexo o trabazón jurídica y material.

Protección del honor. Relación con las libertades de expresión e información. Mayor debilidad de aquella protección en el caso de crítica política.—El juicio de valor que merece la valoración en conjunto de las diversas alusiones efectuadas no revelan, a juicio de esta Sala, la idea pretendida por el recurrente en orden a que la intención de los demandados fue la de «dar una imagen muy concreta del actor para ir minando de forma irreversible el honor del

mismo», como una especie de persecución o campaña. Lo que sí revela por parte de los demandados es un propósito de criticar la labor de otro grupo político en la actividad desplegada en el Ayuntamiento, pero tal actuación no sólo es lícita, sino absolutamente necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer como se gobiernan los asuntos públicos. Y en este sentido es natural que no sólo resulten afectados los que ejercen el gobierno, sino también todas las personas relacionadas de una u otra manera con la actividad que es objeto de censura. Es cierto que la libertad de crítica respecto de las personas públicas no supone un derecho absoluto, que permita cobijar cualquier tipo de manifestaciones o expresiones, rumores o insidias, pero, por otro lado, permite una mayor flexibilidad en su valoración por la trascendencia del tema para la sociedad, por las circunstancias varias que con una u otra intensidad suelen concurrir en el debate político, y porque los ciudadanos saben distinguir perfectamente el ámbito en que se producen de otros en los que no sería el mismo nivel de comprensión y tolerancia. En el caso resulta incuestionable el interés público y relevancia general de la temática determinante de la crítica (se trataba de denunciar la existencia de graves irregularidades urbanísticas en relación con la zona costera de la comarca) y asimismo la veracidad de las declaraciones que cabe imputar a los demandados (sobre la existencia de permutas, y la ilegalidad de una urbanización y realidad de la sanción, aunque no sean firmes), sin que proceda atribuirles el contenido íntegro de lo publicado en los dos periódicos, ni quepa identificar veracidad con «realidad incontrovertible» o «absoluta exactitud», como ya tiene declarado el TC (STC, 2.ª, 297/2000, 11 de diciembre), por lo que se dan los presupuestos básicos de ejercicio de la libertad de información.

Extensión del carácter de personaje público a los particulares que entran en relación con la Administración en los temas que son objeto de crítica política.—La alegación de que el demandante no es un personaje público, ni pertenece a ningún partido político, y por consiguiente no le cabe aplicar la doctrina que tomando en consideración la condición pública de los sujetos debilita la protección del derecho al honor, carece de consistencia porque el carácter público a estos efectos comprende no sólo a los que ejercen el cargo o función pública sino a todos los que entran en relación con la actividad de que se trata, y además resulta natural que si se atribuyen graves irregularidades urbanísticas al grupo político que gobierna en el Ayuntamiento se mencione a los constructores o promotores que intervienen en las construcciones correspondientes.

No se produce intromisión en el honor por el hecho de que la sanción administrativa divulgada no sea firme.—El hecho de que la sanción gubernativa (y lo mismo ocurre con la situación de ilegalidad de la urbanización suspendida) no sea firme o definitiva, carece de trascendencia, pues nada obsta a la divulgación, como ya tiene declarado esta Sala, tanto en relación con actuaciones judiciales, como expedientes administrativos (*ad. ex.* SS de 15 de octubre de 1991, 27 de enero de 1993 y de 26 de marzo de 1996). (STS de 11 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor ejercita acción para protección de su derecho fundamental al honor por hechos que considera intromisión ilegítima al mismo, aludiendo que los demandados han llevado a cabo una campaña de desprestigio personal en su actuación como constructor en la Vega Baja, realizando acusaciones inciertas que posteriormente se han reproducido en la prensa, tanto por el *Diario Infor-*

mación como en *La Verdad*, y fundamentalmente en un acto público o rueda de prensa que dieron en la localidad de Torreveja, acompañado de otros miembros de la organización política a la que pertenece (E. U.) el día 5 de marzo de 1994.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de intromisión ilegítima en el honor y absuelve a los demandados. Esta resolución fue confirmada en apelación. (O. M. B.)

4. Cuando la información se complementa con opiniones carentes de base en la realidad se rebasan los límites constitucionales exigidos para su protección y el derecho al honor así afectado debe protegerse como valor principal.—No puede negarse la realidad de la muerte producida por quien a continuación de causarla falla en su propósito de suicidarse, pero tampoco puede negarse que al hacerse la relación de tales hechos en el periódico se introducen opiniones y subjetivamente se explayan posibilidades, partiendo de unos datos que se preestablecen con un valor inmutable, se niegan a los lectores del diario posibilidades de apreciación diferente cuando, ciertamente, de su texto cabe esperar todo lo contrario, y esto se produce en publicación realizada ocho años después del suceso porque, se dice, que el hoy demandante no solicitó entonces la rectificación de lo que se publicaba en aquella fecha y en 1990 se reproduce, pero si entonces se publicó así lo publicado en la época quedó rectificado por la sentencia dictada en juicio seguido al autor de tales hechos, lo que el periódico conoce, con lo cual la persistencia, reverdeciendo lo que entonces podía ser sólo hipótesis, en la misma publicación del dato estimado le da actualidad informativa que, además de no responder a una posible verdad que ya ha sido desvirtuada en cuanto a las causas y al modo del acontecimiento, pone en tela de juicio su propio interés porque ya no se trata la publicación, dado su contenido, de una efeméride por incorporarse al recuerdo del suceso unas posibilidades ya inaceptables.

A esa inevitable valoración de lo publicado, que la sentencia recurrida recoge asumiendo su significado gramatical en el contexto que va a trascender al público con sus inequívocos términos de suceso y de opinión sobre posibilidades, ha de estarse aquí partiendo de lo establecido en la STC de 22 de mayo de 1995, con la que en ella se cita, para tener presente que la libertad de información descansa en la publicación de hechos noticiables y veraces que además de ser públicamente relevantes y de interés general, como ya estableció también esta Sala en SS de 30 de julio y 13 de octubre de 1998, entre otras muchas, y cuando ese derecho pueda llegar a pugnar con el derecho de las personas a su honor —ese bien de mayor estima desde la valoración de la propia persona y desde la consideración mostrada por los demás en orden a la dignidad ganada por aquella— este derecho ha de primar sobre aquel otro cuando a ese otro le falten sus requisitos o se le incorporen subjetivamente datos que lo transformen en una expresión o en una opinión sin base, tal como vino estableciéndolo esta Sala a partir de su S de 6 de diciembre de 1912 y en las múltiples que le han seguido como son las que recoge la de 5 de julio de 1999 en cuanto resaltan los límites informativos de todo reportaje sin aportarle matices que son, cuando menos, desproporcionados y así el TC también señaló, en sus SS 6/1988 y 105/1990, que la información decae en la protección que como derecho le está constitucionalmente reconocida cuando

se presentan como hechos los que son simples rumores o meras insinuaciones. (STS de 22 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El periódico *Última Hora* de Mallorca publicó en su sección *Mallorca Negra* un reportaje titulado «Un crimen pasional nacido de la locura», «Un marido demente asesinó en julio de 1982 a su esposa al creer que le engañaba, intentando después suicidarse». En el relato periodístico se destacaba, además de la libre absolución del acusado por estimar el Tribunal que juzgó el caso que tenía gravemente perturbadas sus facultades, que «tal como ocurrieron los hechos parecen indicar que entre ambos cónyuges existió un pacto de acabar con sus vidas y sufrimientos ...». El hijo de la víctima interpone demanda de protección al honor por entender que, carente de todo fundamento, la afirmación relativa a la intención de su madre de poner fin a su vida supone una intromisión ilegítima en su honor que le causa un daño moral irreparable. El Tribunal de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación del actor condenando a los responsables del reportaje al abono de la indemnización solicitada. Interponen éstos recurso de casación declarando el TS no haber lugar. (R. G. S.)

5. Elementos que impiden la calificación de los hechos como atentatorios al derecho al honor: relevancia pública y veracidad.—El motivo se centra en que en el caso presente concurren los elementos que impiden la calificación de los hechos como atentatorios del derecho al honor —no hace referencia al derecho a la imagen— y los incardinan en el ámbito de la libertad de información: relevancia pública y veracidad. Ciertamente, la información vertida tiene relevancia pública tanto por sí misma como por las personas a quienes se refiere, pues es un tema de indiscutible trascendencia social. Pero no es cierta la concurrencia del elemento de veracidad; la Constitución protege, como libertad esencial de la libre opinión, de una sociedad democrática y de un Estado de Derecho, la libertad de información, pero siempre que se trate de información *veraz*; la jurisprudencia no exige una veracidad absoluta, basta que lo sea en lo esencial y si se trata de un profesional de la información, que haya tomado las precauciones y los medios para comprobarla.

No ha ocurrido así en el presente caso. Por más que en el periódico sea importante la inmediatez de la noticia, son importantes también los derechos relativos a la dignidad de las personas a los que se refiere el artículo 20.4 CE como límite a la libertad de información. Si ésta es veraz, ya no hay honor protegido jurídicamente, sino una simple apariencia de honor. En *El Mundo del Siglo XXI* apareció la noticia y se implicó en ella a la demandante; implicación cuya verdad no sólo no se ha acreditado, sino que, por el contrario, consta como hecho probado según la sentencia de instancia, la inveracidad.

El quantum indemnizatorio no es revisable en casación excepto cuando las bases jurídicas utilizadas para su cálculo son incorrectas.—En el desarrollo de este motivo de casación se alega que no se justifica la elevación de la cantidad que había determinado el Juzgado de Primera Instancia y mantiene que ésta es desproporcionada.

En esta cuestión, la doctrina de este Tribunal es clara y la postura de esta Sala, en el caso concreto, también. La jurisprudencia ha venido manteniendo, en todo caso de responsabilidad civil y en los casos de los derechos del honor, intimidad e imagen, que el *quantum* indemnizatorio no es revisable en casación, pues se trata de un supuesto fáctico –el perjuicio– que deriva de los hechos concretos –base fáctica– debidamente calificados –base jurídica– si bien todo ello es como regla, que admite excepciones. Los casos excepcionales, que también forman un cuerpo de doctrina jurisprudencial, son aquellos en los que los presupuestos fácticos han sido indebidamente calificados jurídicamente y precisamente la función de la casación es velar por la aplicación correcta de la norma jurídica; es decir, cabe revisar en casación el *quantum* de la indemnización, cuando las bases jurídicas para el cálculo de la misma son erróneas. La Sala, en este caso concreto, estima que las bases que ha empleado el Juzgado de Primera Instancia, que no se discuten, y las que ha empleado la Audiencia Provincial, que sí se discuten, son correctas, por ello, la indemnización fijada no es revisable en casación. (STS de 25 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–Una conocida modelo demanda al periódico *El Mundo* por mencionarla y publicar su fotografía ilustrando una noticia titulada «Varias modelos famosas eran los ganchos en la red de trata de blancas», en la que se le implicaba en una red de prostitución y tráfico de joyas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los responsables al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen de la demandante. Interponen las partes recurso de apelación resultando inadmitido el de los demandados y acogido el de la actora. La Audiencia elevó sustancialmente la indemnización fijada por el Juzgado. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa editorial, el director del periódico y la autora de la noticia. (R. G. S.)

6. Derecho al honor: la veracidad de la información se relaciona únicamente con la conducta seguida para procurar que el objeto de la información sea verdadero.–En la fundamentación del motivo se destaca que el señor B. convocó la rueda de prensa para cumplir sus deberes informativos y con el fin de serenar a la opinión pública y que en su intervención se manifestó en forma ponderada al emplear, de forma reiterada, los términos «presunto», «posible», «de resultar», etc. El señor B., se afirma en defensa del motivo, transmitió información veraz, pues de hechos probados en autos queda constatado que existían graves irregularidades en la Gerencia del Catastro de Girona.

El motivo no denuncia ningún error de derecho en la valoración probatoria de la instancia, sólo da una interpretación contraria a la valoración de los hechos probados. Mientras que la sentencia recurrida obtiene que los mismos han de considerarse como intromisiones ilegítimas en el honor de los demandantes, el recurrente, demandado en su día, sostiene lo contrario. Casacionalmente es legítimo, porque el concepto de intromisión ilegítima es abierto y amplio: no existe en la Ley 1/1982 una enumeración taxativa de hechos o conductas que deban estimarse como tales. Por otra parte, no se combate ninguna apreciación de la prueba, que se refiere obviamente a hechos.

La defensa del recurrente es parcialmente verdadera. No se ha puesto en duda en la instancia ni las circunstancias en que se produjeron las manifestaciones del señor B. ni la veracidad de que se instruyera a los demandantes expediente administrativo. Pero esa defensa silencia que el apoyo de la instancia para declarar la intromisión ilegítima en el honor de los demandantes fue el contenido de las mismas. En la rueda de prensa el señor B. manifestó que se había abierto expediente disciplinario a dos funcionarios de la Gerencia Territorial de la Contribución Urbana por presuntas irregularidades que *concretó* en «relaciones connivenciales con algunas empresas que prestaban servicios al Consorcio por incumplimiento de los contratos a través de los cuales se establecían los valores catastrales y con presuntas modificaciones de los valores catastrales de un conjunto importante de edificios situados en la zona costera de la provincia de Girona y en las que presuntamente se habían estado modificando a la baja los valores catastrales en demérito o en contra de los procedimientos fijados...».

Confrontadas estas declaraciones efectuadas el 29 de marzo de 1988 con el expediente administrativo a que en ellas se aludía resulta evidente que el mismo para nada se refería a las conductas presuntamente delictivas de los autores sino a algo distinto por completo: las irregularidades en la tramitación y resolución administrativa de un concurso convocado por el entonces denominado Consorcio para la Gestión e Inspección de las Contribuciones Territoriales de Girona a fin de mecanizar integralmente la documentación de la contribución rústica y urbana que fue adjudicado a la empresa *Técnica y Datos, S. A. (TECDAT, S. A.)*. No existe en el contenido de los expedientes ninguna depuración de responsabilidades por connivencia de los actores con empresas para conseguir la disminución del valor catastral de los inmuebles. En suma, el objeto de los expedientes administrativos de los que se daba cuenta a la opinión pública era algo distinto por completo de lo que informó, por lo que el señor B. no transmitió información veraz.

Ciertamente que en la fecha en que hizo las declaraciones no podía saber lógicamente el futuro desarrollo de unos expedientes que entonces estaban en sus inicios procedimentales, pero por razón de su cargo, una diligencia normal debería de haberle llevado a abstenerse de unas acusaciones concretas y específicas, sin que sirva de cobertura el calificativo ritual de «presunta», so pena de que se autoricen con su utilización toda clase de imputaciones. Precisamente por razón de su cargo al demandado ningún esfuerzo le hubiera supuesto conocer el estado de los expedientes para poder dirigirse a la opinión pública con el necesario conocimiento de causa. No agotó por ello el deber de averiguación de la verdad y certeza de lo que transmitía a los ciudadanos, lo que hace que la información no guarde el requisito de la veracidad. Este requisito ha de referirse a la conducta seguida para transmitir información, no al resultado de los expedientes administrativos, que fueron sobreesidos, pues si la información quedase ceñida a los hechos que después se declarasen probados, se constreñirían los cauces de información de la opinión pública de modo injustificado (STC 297/2000, de 26 de febrero).

Por todo ello el motivo se desestima. (STS de 20 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos funcionarios de la Gerencia Territorial de la Contribución Urbana de Girona demandaron al Secretario de Estado de Hacienda, señor don J. B., por considerar lesivas de su honor las

declaraciones de éste a la prensa sobre el expediente disciplinario en que estaban incurso. Al concretar el Secretario de Estado las irregularidades en la Gerencia del Catastro de Girona motivadoras del expediente había incurrido en «falsedades» que constituirían intromisión ilegítima en su derecho al honor causándoles daños morales por los que exigían la correspondiente indemnización. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, acogiendo la Audiencia la apelación. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la abogada del Estado. (R. G. S.)

7. Derecho a comunicar y recibir libremente información.—No existe un derecho fundamental a la información, sino a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión; se trata, como expresa el artículo 20.1 d) CE, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz.

En la STC 105/1983, se precisa que el derecho de que se trata establece un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones, en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva y que el objeto de ese derecho es el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos, y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de ese derecho, del que asimismo es sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de información y su posterior transmisión; y en dicha línea, la STC 107/1988 ha sentado que «el valor preponderante de las libertades públicas del artículo 20 CE, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo, sólo puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública».

Tal como tiene declarado el TC, de una parte, la noticia es un hecho real, social o político, con trascendencia pública, y de otro, los derechos del informador comprenden la libertad de buscar la información, la de configurarla y la de difundirla, siendo lícito que tenga acceso a las fuentes de la noticia, y, como el proceso de elaboración de ésta es libre, el informador puede tomar una posición valorativa de los hechos.

Derecho a comunicar y recibir información sobre acontecimientos deportivos.—Es evidente la existencia de un derecho fundamental de comunicar y recibir información sobre los acontecimientos deportivos.

Aplicación de la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos por el juego de las DT 3.ª y 13.ª CC.—El objeto del debate, después de la interposición de la demanda, ha obtenido una posterior respuesta en lo sustancial por la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, que establece el derecho de la libertad de acceso de los medios de comunicación social a los estadios y recintos deportivos a través de los criterios de gratuidad de la emisión de noti-

cias o imágenes en telediarios, diarios radiofónicos o espacios informativos de carácter general, y la prohibición de restringir el derecho a la información en los supuestos de cesión de los derechos de retransmisión o emisión, con lo cual la cuestión litigiosa carece de relieve en la actualidad.

Dicha Ley es posterior a la iniciación de este litigio, pero con la comprensión, según enseña un sector dominante de la doctrina científica, en posición que comparte esta Sala, de que el Derecho es un conjunto de normas, que rige y se entiende de acuerdo con una serie de juicios de valor, creencias y convicciones imperantes dentro de una comunidad, y que tal cuadro legal se ha de desenvolver de conformidad con la convicción de la sociedad, puesto que los factores expresados no son inmutables, su evolución se produce con el cambio legislativo, y de ahí que, respecto a una relación jurídica, coincidente con la entrada en vigor de una norma nueva, es preciso acudir al derecho transitorio para determinar su eficacia.

En este caso, ante la inexistente regulación puntual del derecho de acceso de que se trata y a la precisión de la Exposición de Motivos de la Ley 21/1997 sobre que este texto legal recoge el derecho a la información deportiva, las DT 3.^a, por su singularidad, y 13.^a, por su generalidad, del Código civil, sirven de soporte para justificar la aplicación a este debate de la ley nueva, en cuanto más benigna, o con soluciones al problema según los principios que sirven de fundamento a las demás transitorias, respectivamente, a lo que corresponde añadir lo dispuesto en el artículo 3 de este ordenamiento, que señala los criterios hermenéuticos para la interpretación de las normas, e incluye, en estos instrumentos, la realidad social del tiempo en que las reglas legales han de ser aplicadas, que es decisivo en cuanto no cabe olvidar la incidencia del fútbol en nuestro país como fenómeno social. (STS de 7 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*Telecinco* promovió demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra la *Real Federación Española de Fútbol* y la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. Solicitaba que se declarase su derecho a acceder gratuitamente a los estadios de fútbol en que se celebrasen encuentros de primera y segunda división así como de la selección española con el fin de tomar las imágenes precisas para elaborar información sobre los partidos. Pedía igualmente que se reconociese su derecho a obtener las autorizaciones o tarjetas acreditativas que permitiesen a sus periodistas y cámaras acceder a los estadios. Tras la interposición de la demanda había entrado en vigor la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, norma que daba cumplida respuesta al problema. Pero la aplicación del principio de irretroactividad llevó al Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Madrid a la íntegra desestimación de las pretensiones de *Telecinco*. Se admitió parcialmente el recurso de apelación de la cadena reconociendo la Audiencia los derechos cuestionados. Interpone recurso de casación la *Liga Nacional de Fútbol Profesional*. El TS declara no haber lugar. (R. G. S.)

8. Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.—La doctrina denominada del levantamiento del velo de las personas jurídicas, permite penetrar en el substrato de las sociedades para percibir su auténtica reali-

dad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual.

En aplicación de tal doctrina se entiende que no cabe sostener la prevalencia de la personalidad jurídica o la separación de patrimonios cuando se da una confusión de personalidades y patrimonios, e inexistencia de independencia entre aquéllas, hallándonos en realidad ante una mera configuración formal de dos sociedades que no son otra cosa que el desdoblamiento de una persona con fines fraudulentos, rompiendo el principio de buena fe negocial (STS de 5 de abril de 2001).

Del mismo modo, no es preciso que se dé plena y total identidad en el substrato personal de las entidades implicadas, cuando son tantas las afinidades y comunidades de intereses concurrentes, que acreditan la relación entre sí de las mismas, al obedecer a un entramado común (STS de 7 de abril de 2001). (STS de 16 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona, la cual fue desestimada por sentencia de 1 de septiembre de 1994. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 1996, desestimando el mismo, razón por la que se interpone recurso de casación al amparo del número 4.º del artículo 1692 LEC, alegando la infracción de la doctrina establecida en materia de «levantamiento del velo» de las personas jurídicas; la vulneración también del principio *par conditio creditorum*, de las reglas sobre prelación de créditos, de los artículos 1911 y 1137, ambos del CC; y de la doctrina jurisprudencial sobre prueba en materia de tercería de dominio. (J. L. B.)

9. Asociación. Caducidad de la acción impugnatoria.—El cauce casacional del núm. 1.º del artículo 1692 LEC se refiere a los límites especiales de la jurisdicción española en relación con la extranjera, así como a los conflictos con la Administración o la Jurisdicción militar o con los órganos jurisdiccionales de distinto orden (penal, contencioso-administrativo o social) o, en fin, cuando hay un válido sometimiento de la cuestión a arbitraje. De ahí que no quepa plantear a través del citado 1692.1.º una cuestión como la relativa a la caducidad de la acción que no afecta a esos límites de la jurisdicción civil.

En el supuesto que nos ocupa, la acción de nulidad ejercitada en la demanda se funda en la contravención por el acuerdo adoptado de las normas estatutarias de la asociación demandada y así, en la fundamentación jurídica del escrito inicial, se cita el artículo 6.6 de la Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964, que dispone que «los acuerdos y actuaciones de las asociaciones que sean contrarias a los Estatutos, podrán ser suspendidos o anulados por la autoridad judicial, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal», así como los artículos 8, 10.b), 14, 15 y 16 de los Estatutos de la asociación, artículos que se entiende han sido infringidos por el acuerdo impug-

nado al haberse adoptado sin observar los requisitos de competencia y forma que establecen los Estatutos de la asociación. En consecuencia, la acción ejercitada está sujeta al plazo de caducidad del artículo 12 del Decreto 1440/1995, plazo de cuarenta días que resultó ampliamente rebasado en este caso; adoptado el acuerdo cuya nulidad se pide el día 24 de enero de 1994, la demanda tuvo entrada en el Registro General del Juzgado Decano de Sevilla el día 8 de julio de 1994, razón por la que debe declararse caducada la acción ejercitada en la demanda inicial. (STS de 22 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Sevilla se presenta demanda de juicio de menor cuantía solicitando la nulidad de un acuerdo societario de 24 de enero de 1994, mediante el que se decretaba la expulsión definitiva, como socio, del actor. En este orden de cosas, el órgano judicial dictó sentencia en fecha 25 de noviembre de 1994, desestimándola, razón por la que dicho fallo fue recurrido en apelación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, la cual resolvió estimando el recurso presentado. Finalmente, la parte recurrida interpone recurso de casación con apoyo en los ordinales 1.º, 3.º y 4.º del artículo 1692 LEC, realizando diversas alegaciones al respecto. (J. L. B.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Facultad de autocontratación. Límites.—Declara el TS que la facultad de autocontratación, aunque ha sido admitida por la jurisprudencia, ha de entenderse como personalísima, de manera que no puede transmitirse a un tercero. El ejercicio de esta facultad queda restringido, además, por los límites de la buena fe prescrita por el artículo 1258 CC y la proscripción del ejercicio abusivo (art. 7.2 CC).

Prueba del conflicto de intereses entre representante y representado.—Es doctrina jurisprudencial que, para acreditar un conflicto de intereses por el cual se pretende anular un contrato celebrado por el representante, ha de probarse el perjuicio o gravamen que ha sufrido el patrimonio del representado. Tal prueba no compete a este último (STS de 19 de febrero de 2001), sino al primero, ya que cuando en el Código civil se prohíbe la autocontratación respecto del mandatario no se condiciona a ningún requisito, ni se establece una presunción favorable al mandatario que deba destruir el mandante.

Prueba por medio de *presumptio hominis* o *presumptio facti*. Impugnación en casación.—Sólo se puede censurar el juicio lógico en que se basa esta prueba cuando notoriamente falte el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio o raciocinio humano, que se ha de establecer para asentar la presunción entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir de él. (STS de 22 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos hermanos otorgaron en 1987 poder notarial a favor de su madre, doña A. A. H., apoderando a ésta para que, en su nombre, pudiera disponer, enajenar, gravar, adquirir y contratar,

activa y pasivamente, respecto de toda clase de bienes muebles e inmuebles de los poderdantes. Así, la madre ostentaba la plena representación de cada uno de sus hijos, sin traba ni excepción alguna, incluso en el caso de que incurriera en autocontratación.

Haciendo uso de tales poderes, en 1990, doña A. A. H., actuando en nombre y representación de ambos hijos, transmitió la propiedad de una finca de su hijo a su hija; finca que, en julio de 1991, adquirió para sí, a través de escritura de compraventa, en la que intervino como compradora, en su propio nombre, y como vendedora, en nombre de su hija. Un mes después de esta venta, la madre otorgó poder a don M. A. H. en el que le facultaba a vender o auto-venderse —aunque incidiera en la figura de la autocontratación— en nombre de la hija de la apoderada una finca de propiedad de ésta. En virtud de dicho poder, el nuevo apoderado compra para sí y su sociedad conyugal la finca en cuestión.

La hija interpone entonces demanda contra su madre y contra don M. A. H. solicitando la declaración de nulidad de las dos transmisiones inmobiliarias referidas y la declaración de que la titularidad de las fincas transmitidas es de la demandante. Si bien el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, tal fallo es recurrido por la madre demandada. Ante la desestimación del recurso por parte de la Audiencia Provincial, interpone recurso de casación la madre. El TS declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

11. Reconocimiento de deuda. Carácter causal.—En nuestro Derecho todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto, pero puede ocurrir que la causa no esté indicada o lo esté solamente de forma genérica; o bien que se halle plenamente expresada, en cuyo caso resulta perfectamente conocida la fuente u origen de la obligación y la función negocial a que responde. En la primera hipótesis, a la que se le suele denominar reconocimiento de deuda abstracto o formal, es de aplicación el artículo 1277 CC, con arreglo al que se presume que la causa existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, y la doctrina jurisprudencial consistente en que, en virtud de una abstracción procesal, se dispensa de probar al titular del derecho de crédito objeto de reconocimiento y se hace recaer el *onus probandi* sobre el obligado. En la técnica procesal se razona que se produce una inversión o desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la presunción legal (de naturaleza *iuris tantum*), aunque un sector doctrinal prefiere hablar de regla especial de prueba por no concurrir en la construcción legal todos los elementos estructurales que configuran la presunción. En el segundo caso, cuando la causa se halla plenamente expresada, y en el que se alude al reconocimiento de deuda como causal, no es de aplicación el artículo 1277 CC porque la presunción o regla que éste contiene resulta innecesaria. En tal sentido se orienta la jurisprudencia (SS de 24 de octubre de 1994, 13 de febrero de 1998 y 27 de noviembre de 1999, entre otras).

En el supuesto de autos resulta evidente que no nos hallamos ante un reconocimiento de deuda abstracto porque claramente se expresa la causa, al referirse a la liquidación del precio de la parte de obra ejecutada —que se entrega—, en virtud de un contrato de ejecución de obra que se rescinde (*rec-*

tius, resuelve) por mutuo disenso. Por lo que, nos hallemos ante un reconocimiento de deuda causal o constitutivo, o ante una estipulación contractual de fijación jurídica en la que se liquidan las consecuencias de una previa relación jurídica que se extingue, y especialmente el precio, lo cierto es que resulta inaplicable el artículo 1277 CC. No es cierto que la sentencia recurrida afirme que el contrato de reconocimiento de deuda de 21 de abril de 1993 se fundamenta en una causa abstracta, pues lo que sostiene es precisamente todo lo contrario. Razona el juzgador de instancia que «no se trata tanto de un reconocimiento abstracto de deuda, en el sentido que viene admitiéndose por la jurisprudencia (SSTS de 8 de marzo de 1956, 15 de febrero y 14 de marzo de 1989 y 21 de julio de 1994, entre otras) y la doctrina científica; es decir, con causa inexpresada y de abstracción procesal, que se construye en torno al artículo 1277 CC, sino de un verdadero contrato causal –aunque atípico– por cuanto la causa se incorpora al contrato (*causa solvendi*), alcanzando el reconocimiento de deuda efectos constitutivos lo que conlleva no sólo el facilitar a la actora un medio de prueba sino dar por existente una situación de débito contra el demandado (SSTS de 23 de abril y 27 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1993 y 24 de octubre de 1994)». (STS de 1 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 3 de junio de 1992 la empresa *House INN, S. L.* celebró un contrato de obra con *Blitzkrieg, S. L.*, con el objeto de que esta empresa construyera veintidós viviendas en la urbanización *Los Sauces* del término municipal de Santa María de Guía (Gran Canaria). El día 21 de abril de 1993 ambas empresas acordaron extinguir ese contrato por mutuo disenso. En el mismo acto *Blitzkrieg, S. L.* entregó las obras ejecutadas hasta la fecha a la promotora y comitente *House INN, S. L.* y ésta reconoció adeudar distintas cantidades –la sentencia no concreta los términos del reconocimiento de deuda realizado–. Posteriormente, la contratista *Blitzkrieg, S. L.* interpuso demanda en la que reclamó a *House INN, S. L.* el pago de la cantidad de 39.369.555 pesetas y los intereses devengados, y ésta formuló reconvencción en la que reclamó a aquélla la restitución de la suma de 18.364.870 pesetas, como consecuencia de haber pagado más de lo debido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenó a *House INN, S. L.* al pago de la cantidad a determinar en ejecución de la sentencia y desestimó la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por parte de esa empresa, la Audiencia Provincial lo estimó únicamente en el sentido de condenarla a pagar a *Blitzkrieg, S. L.* la cantidad de 36.525.563 pesetas y los intereses legales correspondientes. El TS desestima el recurso de casación que la empresa *House INN, S. L.* ha interpuesto con apoyo, entre otros motivos, en una interpretación errónea de la regulación del reconocimiento de deuda abstracto. (*J. M. B. S.*)

12. Nulidad de pleno derecho del contrato: apreciación de oficio.—Dice la S de esta Sala de 15 de diciembre de 1993 que «si bien las SS de 29 de marzo de 1932, 15 de enero y 20 de octubre de 1949, 28 de abril de 1963 y otras admiten la posibilidad de una declaración de oficio de la nulidad

para evitar que los Tribunales, por el silencio de las partes, puedan amparar hechos torpes o constitutivos de delito, también es cierto que ello sólo tiene justificación ante actos nulos de pleno derecho (art. 6.3 CC), pero no ante negocios no afectos de vacío o no infracción de un precepto claro y terminante –SS de 11 y 22 de marzo de 1965– y mucho menos respecto de actos y negocios cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto mientras no se impugnen en forma o eficazmente, dando así oportunidad a la otra parte para su defensa –SS de 31 de diciembre de 1949, 15 de octubre de 1957 y 16 de mayo de 1970– en atención a las posibles consecuencias de la acción». Doctrina que se reitera en la S de 24 de abril de 1997.

Su aplicación a un supuesto de representación aparente.—La S de 22 de octubre 1999 dice que «cierto que el artículo 1259 CC declara la nulidad de los actos realizados por quien carece de autorización o representación legal de la persona a cuyo nombre contrata». Pero a continuación la misma sentencia añade que «en contra de lo que sostiene el actor, esa nulidad no es absoluta, sino que puede ser neutralizada por la ratificación expresa o tácita, del *dominus negotii*, confirmándose así el negocio transmisivo». Además, la sentencia de 23 de octubre de 1980 afirma que «esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio y en contra del representado». De acuerdo con ello, en el presente caso nos encontramos ante un contrato que no puede calificarse de nulo de pleno derecho al amparo del artículo 6.3 CC ni de inexistente, por lo que al declararlo así de oficio la sentencia recurrida ha incurrido en incongruencia al entrar en el examen de una cuestión no debatida en los autos. Se ha introducido en el debate un hecho no alegado por nadie como es la falta de representación que los codemandados se atribuyen en el documento fundamental de los autos, causando así una situación de indefensión a la actora cuya buena fe al aceptar esa manifestación de los codemandados ha de producirse.

Legitimación pasiva.—Ha de apreciarse por esta Sala, de oficio, la falta de acción de la actora frente a doña C. F. y don R. V. F. ya que no resulta acreditado que éstos fueran deudores, a título personal, de la actora y apareciendo del documento fundamentador de su pretensión que el deudor lo era el titular de la empresa, don R. V. C., y así resulta de la condición de representantes que se reconoce a los citados codemandados; falta de acción que, conforme a reiterada jurisprudencia y por tratarse de una cuestión de orden público, puede ser estimada de oficio por la Sala. En consecuencia procede desestimar la demanda formulada frente a doña C. F. P. y don R. V. F., absolviéndoles de la misma. En cambio, ha de estimarse la demanda contra la herencia yacente de don R. V. C. al resultar probada la existencia de la deuda cuyo pago se reclama por el documento de 20 de julio de 1990. (STS de 3 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha 20 de julio de 1990, C. F. P. y R. V. F. celebraron un contrato de reconocimiento de deuda a favor de la empresa *Hijos de Enrique Martín, S. A.*, como representantes de una empresa cuyo titular era, respectivamente, su marido y padre, R. V. C. En aquellos momentos este último no podía administrar

ni dirigir su empresa frente a terceros debido a una enfermedad, de modo que eran su esposa y su hijo —al menos, este último— quienes habitualmente desarrollaban esas actividades. Fallecido R. V. C., la empresa acreedora, *Hijos de Enrique Martín, S. A.*, interpuso demanda en la que reclamó a C. F. P., Ramón V.F. y la comunidad hereditaria de R. V. C. el pago de la deuda reconocida, los intereses devengados y las costas. Si bien el Juzgado de Primera Instancia la estimó y condenó a los demandados a pagar las sumas reclamadas, éstos recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó la demanda al declarar la nulidad del contrato de reconocimiento de deuda por haber actuado C. F. P. y R. V. F. como representantes aparentes. La empresa demandante *Hijos de Enrique Martín, S. A.* recurrió en casación. El Tribunal Supremo no solamente declara incongruente y casa la sentencia que resuelve el recurso de apelación, por declarar de oficio la nulidad del reconocimiento de deuda, sino que además se pronuncia acerca de la legitimación pasiva de los demandados y, en consecuencia, revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absuelve de la demanda a C. F. P. y R. V. F., si bien al final condena a la herencia yacente de R. V. C. (*sic*) a pagar la deuda a la empresa demandante *Hijos de Enrique Martín, S. A.* (*J. M. B. S.*)

13. Determinación del carácter solidario de las obligaciones.—La jurisprudencia ha atenuado el rigor del último párrafo del artículo 1137 CC relacionado con la no presunción de solidaridad. Conforme a dicha jurisprudencia, no es necesario que en el contrato exista una clara intención en pro de la solidaridad; por el contrario, su concurrencia puede ser demostrada por el conjunto de antecedentes denotadores de lo que ha sido realmente querido por las partes. En este sentido, cabe destacar la STS de 19 de julio de 1989 en la que puede leerse que «la concepción actual de la obligación solidaria requiere poner de relieve que aunque los créditos de los particulares puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante, unidos entre sí a través de la identidad de fin de prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestar una interna conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido querido por los interesados aquel resultado económico». Véanse también a este propósito las SSTS de 2 de marzo de 1981, 15 de marzo de 1982, 19 de junio de 1984, 26 de abril de 1985, 13 de diciembre de 1986, 13 de febrero y 11 de octubre de 1989 y 26 de julio de 2000.

Artículo 1100 CC: situación de mora en las obligaciones recíprocas.—El artículo 1100 CC se aplica en las obligaciones recíprocas o de carácter sinalagmático y opera respecto al deudor cuando incurre en retraso al derecho a la prestación que le incumbe, por causas a él imputables; la mora del deudor se extingue cuando incurre en mora también el acreedor. El incumplimiento de una obligación de carácter accesorio no da lugar a la aplicación del artículo 1100 CC por no romper el sinalagma contractual.

Artículo 1108 CC: *in illiquidis non fit mora*.—La tradicional regla *in illiquidis non fit mora*, ha sido superada por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva. Sin embargo, sigue siendo aplicable «en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio, en que la liquidación del daño producido sólo se produce en la sentencia condenatoria» (FD 4.º).

Comisiones debidas y no pagadas. No es una indemnización de daños y perjuicios.—El TS observa que la petición de indemnización de daños y perjuicios que responde a las comisiones debidas y no pagadas al agente, se refiere a la retribución del agente por los servicios prestados. No se trata, pues, de una verdadera indemnización aunque como tal se haya reclamado.

Artículo 1249 CC. Imposibilidad de alegación en casación.—El hoy ya derogado artículo 1249 CC sólo podría combatirse en casación alegando error de derecho en la valoración de la prueba, con cita de las normas de valoración que se consideren infringidas. El precepto citado no contiene normas de dicha naturaleza por lo que no puede ser alegado en casación.

Artículo 1225 CC. Valor del documento privado.—La STS de 3 de abril de 1998 distingue dentro de los documentos privados por una parte, aquellos de los que nace una obligación constituida en los mismos y, por otra, aquellos a partir de los cuales se trata de obtener la constatación de un hecho. Mientras que para la eficacia de los primeros es requisito esencial la firma del obligado, la admisibilidad de los segundos debe ser más amplia, siéndoles incluso de aplicación la doctrina del TS en virtud de la cual «la falta de adverbación en el proceso de un documento privado no le priva en absoluto de valor y puede ser tomado en consideración, ponderando su grado de credibilidad atendidas las circunstancias del debate».

Ataque del juicio lógico presuntivo del tribunal de instancia. Requisitos de alegación en casación.—El juicio lógico presuntivo del tribunal de instancia sólo puede ser atacado en vía casacional cuando notoriamente presente falta de enlace racional y directo entre lo que se reputa demostrado y lo que se trata de deducir, o cuando se producen conclusiones ilógicas, arbitrarias, carentes de toda ilación racional e irreflexivas.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela. Fundamento.—La indemnización por clientela en el contrato de agencia se funda, en primer lugar, bien en la aportación por el agente de nuevos clientes al empresario, bien en un incremento sensible de las operaciones con la clientela anterior; en segundo lugar, se exige que dicha actividad anterior pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario. (STS de 26 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 9 de febrero de 1984 *Corbero Italia S. L.* (demandante) suscribe con *Corberó España, S. A.*, *Domar S. A.* y *Nueva Bru, S. A.* (demandadas), tres contratos de agencia en virtud de los cuales aquella procedería a la venta y comercialización en Italia de los productos fabricados por las otras tres sociedades mencionadas.

Los tres contratos contenían los siguientes pactos: en primer lugar, aquel en el que se establecía como causa de resolución el que la facturación global de cualquiera de las tres sociedades posteriormente demandadas no alcanzase los mínimos determinados en los propios contratos. Obsérvese que en virtud del pacto señalado cualquiera de las (posteriormente) demandadas podía proceder a la resolución del contrato por no alcanzarse el mínimo de ventas señalado.

En segundo lugar, se señalaba una cifra determinada de venta de los productos de las demandadas como objetivo a alcanzar en cada uno de los períodos fijados en los contratos, sin distinción entre cada una de las demandadas. En tercer lugar, se establecía que el agente no estaba autorizado a cobrar cantidades por cuenta de la empresa, ni firmar recibos, ni expedir correspondencia en nombre de la misma sin que existiese un previo acuerdo escrito en tal sentido, imponiéndose al agente una obligación de inmediata transferencia a la empresa en caso de tener que cobrar cantidades que correspondan a ésta. Por último, tanto en el contrato suscrito con *Domar, S. A.* como en el concluido con *Corbero, S. A.*, se incluía una cláusula en la que se citaban las empresas italianas con las que las mencionadas sociedades mantenían relaciones comerciales; en la citada cláusula se establecía el derecho de *Domar, S. A.* y *Corberó, S. A.* a seguir manteniendo relaciones comerciales con dichas empresas, si bien reconociendo al agente las oportunas comisiones.

Corbero Italia, S. A. interpone demanda contra *Albilux* (empresa que había absorbido a *Corberó España, S. A.*), *Domar S. A.*, *Nueva Bru, S. A.* y *Electrolux España, S. A.* solicitando la resolución de los contratos de agencia arriba mencionadas, así como la indemnización de daños y perjuicios por clientela. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda, declarando resueltos los contratos y condenando solidariamente a las demandadas al pago de las indemnizaciones señaladas. Del pronunciamiento judicial cabe destacar el relacionado con la determinación de la indemnización por clientela: ésta se realiza en función de la previsión de ventas formulada por la actora referida a un período de tiempo superior o distinto al de duración del contrato e incluyendo los clientes propios de *Albilux, S. A.* y *Domar, S. A.* excluidos de la relación con el agente a tenor de la cláusula arriba mencionada. *Albilux, S. A.* y *Domar, S. A.* interponen sendos recursos de casación.

NOTA.—Llama la atención el FD 4.º de la sentencia analizada en el que el TS trata la superación del principio jurisprudencial *in illiquidis non fit mora*.

Debe advertirse que la matización del citado principio tiene distintas manifestaciones plasmadas en dos grandes líneas jurisprudenciales: en primer lugar aquella que considera que no existe iliquidez únicamente cuando debe realizarse una simple operación matemática (SSTS de 24 de mayo de 1994, 18 de abril de 1997, 25 de septiembre de 2000, entre otras); en segundo lugar, aquella que impone intereses moratorios aunque la cantidad se haya fijado mediante sentencia (SSTS de 5 de marzo de 1992, 22 de octubre de 1997, 25 de febrero de 2000 o 3 de diciembre de 2001, entre otras); en este sentido la STS de 1 de diciembre de 1997 estableció que «el brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología pero referentes, substancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala al intro-

ducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial».

La sentencia analizada se separa de esta última línea jurisprudencial, pues establece que la superación de la regla tradicional a la que nos venimos refiriendo, «no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el *quantum* indemnizatorio, en que la liquidación del daño producido sólo se produce en la sentencia condenatoria y ello aunque el fallo coincida con la cantidad pedida en la demanda, cuantía ésta que no vincula al juzgador en cuanto puede conceder menos de lo pedido» (FD 4.º).

Recientemente, la STS de 3 de diciembre de 2001, ha considerado que se ha impuesto con carácter general la segunda de las líneas jurisprudenciales citadas, aun cuando puedan encontrarse pronunciamientos recientes en contra (véase a este propósito las resoluciones recogidas en la citada sentencia). (B. F. G.)

14. Devengo de intereses legales por mora de un Ayuntamiento.—Según el artículo 921 LEC de 1881, cuando una resolución judicial condene al pago de una cantidad líquida, esta cantidad devengará intereses desde momento en que se dicte la resolución hasta su completa ejecución, pero dejando a salvo las especialidades que la Ley General Presupuestaria prevé para las Haciendas Públicas. Según el artículo 45 LGP, la Administración sólo deberá abonar intereses si no paga las sumas establecidas dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial condenatoria.

Entes que forman la Hacienda Pública.—Dado que el artículo 921 LEC atribuye un privilegio a la Hacienda Pública respecto a la fijación de intereses por mora, no se puede hacer una interpretación extensiva de este artículo. Por ello, se debe determinar qué entes componen la Hacienda Pública y que pueden beneficiarse de este privilegio. Para conocer cuáles son estos entes se debe acudir a la LGP, a la que se refiere el artículo 921 LEC de 1881. El Preámbulo de esta Ley establece que dicha Ley contiene los principios generales de la actuación del Gobierno y de la Administración respecto a los derechos y obligaciones de naturaleza económica del Estado y del sector público estatal. Además el artículo 2 define a la Hacienda Pública como el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos. Finalmente, en otros preceptos la LGP también se refiere sólo al Estado y Organismos Autónomos, excluyendo otros entes públicos. Por tanto, cuando el artículo 921 LEC de 1881, en conjunción con el artículo 45 LGP, concede dicho privilegio de pago de intereses de mora a la Hacienda Pública, el legislador no se refiere a cualquier Administración Pública, sino sólo a los entes que la LGP establece que integran la Hacienda

Pública (el estado y los organismos autónomos). Si la entidad pública que debe abonar la suma establecida en una sentencia es un Ayuntamiento, no goza del privilegio del artículo 921 LEC porque no se trata ni del Estado ni de un organismo autónomo, de modo que deberá abonar los intereses devengados desde el momento en que se ha interpuesto demanda reclamando dichas sumas, como ha establecido esta Sala en otras sentencias, como las de 29 de octubre de 1999 o 12 de noviembre de 1997. (STS de 20 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera y la empresa *Aguilera y Quiles, S. L.* celebraron un contrato de arrendamiento de obra, en virtud del cual la empresa debía realizar ciertas obras y servicios a favor del Ayuntamiento. Realizadas las obras, la empresa demandó al Ayuntamiento y le reclamó el pago de la cantidad establecida, así como los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al Ayuntamiento a pagar la cantidad establecida, así como el interés legal de la expresada cantidad desde la fecha del emplazamiento hasta su completo pago. Esta resolución judicial fue recurrida por el Ayuntamiento. Desestimado el recurso de apelación, el Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera interpone recurso de casación ante el TS, alegando que no debe pagar intereses legales desde la interposición de la demanda, ya que en virtud del artículo 45 LGP y del artículo 921 LEC de 1881, sólo debe abonar intereses si no paga la cantidad establecida en una resolución judicial dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la resolución. El TS declara no ha lugar el recurso porque el Ayuntamiento no es considerado una Hacienda Pública por la LGP. (M. V. V.)

15. Incumplimiento de obligación de resultado asumida por empresa profesionalmente dedicada a suministro e instalación de equipos informáticos.— Recuerda la sentencia que según establece el artículo 1258 CC, el contenido de los contratos se extiende más allá de lo expresamente pactado, alcanzando a todas aquellas consecuencias que según la naturaleza de los mismos sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Hay, pues, un entorno natural del contrato que se supone tácitamente incluido en la voluntad de las partes y que requiere una labor de integración en la que ha de tenerse en cuenta tanto la propia naturaleza del negocio como la causa del mismo.

En el supuesto que se analiza, el convenio formalizado por *Base Informática* y la recurrente, evidentemente tenía por objeto algo más que una compraventa de material informático, lo cual en cierto modo se evidencia tanto por la rúbrica que lo encabeza («Acuerdo de contratación para equipos de proceso de datos») como porque la alusión al hecho de la venta solamente aparece en su Condición General 7.ª Además, en la 2.ª se habla de «instalación» del equipo —no simple entrega— y en la 5.ª se prohíbe al cliente introducir en el mismo modificaciones o variaciones, ya sean de forma o de técnica.

El contrato a que nos referimos contiene, sin duda, una obligación de dar, pero además y muy especialmente de hacer. *Eurosteel* esperaba una prestación no sólo de cosas, sino también de servicios —un sistema informático que

funcionase adecuadamente— a fin de obtener la satisfacción del interés que le llevaba a contratar.

Para ello, *Base Informática* asumía una obligación de indudable naturaleza profesional y técnica, que no era simplemente de medios, sino que se configuraba como verdadera obligación de resultados: proporcionar una serie de elementos —ordenador y componentes— que se integrasen adecuadamente en el sistema informático de que ya disponía la recurrente, es decir, que fuesen compatibles con él, a cuyo efecto en el equipo suministrado figuraban determinados emuladores y elementos que trataban de comunicar ambos sistemas.

Sin embargo, tal comunicación, coordinación o integración no llegó a conseguirse en momento alguno, bien porque la entidad proveedora no analizó debidamente con carácter previo el sistema de *Eurosteel*, bien por no haber acertado en la selección de material compatible, bien por carecer de la necesaria preparación técnica para cumplir el compromiso contraído.

En consecuencia, totalmente frustradas las legítimas expectativas de la recurrente, por causa exclusivamente imputable a *Base Informática* resulta obligado que por ésta sean indemnizados los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual. (STS de 16 de octubre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 26 de julio de 1991, a través de un documento privado cuya denominación era «Acuerdo de contratación para equipos de proceso de datos», la entidad *Base Informática SAL*, se comprometía a instalar en los locales de *Eurosteel España S. A.* un equipo informático cuyo elemento fundamental era un ordenador NCR 3445 y cuyos restantes componentes se relacionaban y la compradora, ahora recurrente, por su parte, asumía la obligación de abonar el 20 por ciento del precio total a la firma del contrato y el resto, a la entrega del equipo, reservándose el dominio de éste el proveedor mientras no se hubiese satisfecho su precio total.

El 17 de febrero de 1992 *Bansander de Leasing S. A.* y *Eurosteel España* concertaron un contrato de arrendamiento financiero del ordenador mencionado así como de complementos del mismo que en buena parte coincidían con los que habían sido objeto del documento primeramente mencionado. *Bansander* hacía cesión a *Eurosteel* de las acciones de que pudiera hallarse asistido frente al vendedor, para cualquier reclamación que tuviera su origen en el contrato de compraventa y en especial en lo relativo a la garantía, la asistencia técnica y a los servicios postventa.

El 14 de diciembre del mismo año, *Eurosteel España* formuló demanda contra *Base Informática*, *NCR España S. A.* y *Basander de Leasing* alegando que el equipo informático, por sus graves defectos, resultaba absolutamente inútil, por lo que solicitaba la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado por la actora con *Base Informática* y la condena a esta entidad a devolverle la cantidad abonada.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda. Recurrída la sentencia por *Eurosteel España* fue confirmada la misma en grado de apelación. (O. M. B.)

16. El problema del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una *questio facti*.—Es doctrina consolidada emanada de la jurisprudencia de esta Sala, la que establece que el problema del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es una *questio facti* y que la determinación de quien dejó de cumplir lo estipulado corresponde determinarlo al juzgador de instancia (SS de 10 de marzo de 1983, 13 de noviembre de 1985, 29 de febrero de 1988, 12 de junio de 1998 y 19 de marzo de 1991, entre otras).

Resolución contractual por frustración del fin del contrato.—No se requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente para su resolución que se frustre el fin del contrato para la contraparte y que haya un incumplimiento inequívoco —por todas la S de esta Sala de 10 de mayo de 2000—, pues una dogmática matizadora, social y jurídicamente lógica ha de impedir frustrar los legítimos derechos de los constantes cumplidores. (STS de 25 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La firma *J.B.E., S. A.* —parte recurrida— adquirió a través de un documento privado de compraventa, de fecha 19 de noviembre de 1988, a la firma *Construcciones Verde Pino, S. A.* una determinada parcela urbana y con ello los planos y proyecto de ejecución de diecisiete viviendas en fila.

Dicho documento se elevó a escritura pública con las mismas características el 16 de mayo de 1989, figurando como vendedor la firma *Europea Urbanismos Rafael Añaños Balkema, S. A.* —titular registral—.

Iniciadas las obras en dicha parcela, las mismas fueron suspendidas en virtud de una demanda interdictal, que a la postre le supuso la pérdida de más de dos mil metros cuadrados, que hacía inviable el proyecto de edificación.

La parte demandada en dicha acción interdictal lo fue la firma *J.B. Promociones, S. A.*, que pertenece como la firma *J.B.E., S. A.*, prácticamente a la misma persona. (A. G. B.)

17. Opción entre la acción de cumplimiento del contrato y la acción de resolución del contrato.—El artículo 1124 CC establece que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. En la demanda se ejercitó sólo la acción de resolución contractual, la circunstancia de que en los restantes apartados del suplico se inste el abono de determinadas cantidades no significa que se ejercite también una acción de cumplimiento contractual sino que corresponden a consecuencias de la extinción del vínculo y no de su subsistencia. La sentencia estima la resolución, de modo que el acogimiento de la condena pecuniaria tiene su fundamento en el restablecimiento del equilibrio contractual evitando el enriquecimiento injusto, razón por la cual se impone el abono de la obra correctamente ejecutada.

Requisitos para la resolución del contrato del artículo 1124 CC.—Con arreglo a la doctrina jurisprudencial reiterada, para que pueda tener lugar la resolución unilateral de un contrato con obligaciones recíprocas con fundamento en el artículo 1124 CC es preciso que exista un incumplimiento de los

obligados y que la parte que solicita la resolución contractual haya cumplido, salvo que su falta de cumplimiento sea efecto o consecuencia anterior del otro.

Propiedad de la obra en un contrato de arrendamiento de obra.—Al tratarse de un arrendamiento de obra resulta obvio que la propiedad de la obra corresponde al comitente (arrendatario en la terminología del art. 1546 CC) y que el mismo ésta obligado a satisfacer al constructor el importe de la obra correctamente ejecutada. (STS de 8 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Construcciones Hugar, S. L.* celebró un contrato de arrendamiento de obra con la *Comunidad de Villas*. La comunidad se comprometió a pagar cada parte de la obra cuando se recibiera la correspondiente certificación de obra realizada. *Construcciones Hugar, S. L.* entregó a la comunidad la correspondiente certificación, pero el pago no fue atendido y en consecuencia la entidad mercantil paralizó las obras. *Construcciones Hugar, S. L.* interpuso demanda contra los miembros de la *Comunidad de Villas* solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de obra por incumplimiento unilateral de la *Comunidad de Villas*, y la condena solidaria de sus miembros a pagar 38.382.250 pesetas. Algunos de los demandados formularon reconvencción y solicitaron la resolución del contrato de arrendamiento de obras por abandono de la obra por la entidad demandante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a todos los demandados a abonar conjunta y solidariamente parte de la suma reclamada por la mercantil y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

18. Tutela judicial efectiva.—El derecho a la tutela judicial efectiva no otorga derecho a una sentencia favorable, ni siquiera a una sentencia sobre el fondo, sino el derecho a obtener en su caso una sentencia fundada en derecho, que puede ser estimatoria total o parcial o desestimatoria, por lo que el hecho de no haberse acogido en la sentencia las pretensiones del recurrente no constituye violación del principio constitucional.

Resolución extrajudicial no aceptada por la otra parte (art. 1124 CC).—Es doctrina reiterada de esta Sala que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva, claro está, que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada (por todas, S de 23 de enero de 1999). Manifestada por el demandado-recorrido su voluntad resolutoria de los contratos habidos entre las partes, en su contestación al requerimiento que le efectuó notarialmente el demandante, en fecha 26 de marzo de 1990, voluntad resolutoria que ha de entenderse rechazada tácitamente por el señor S., la declaración resolutoria no obligada (*sic*) a quien la había emitido a acudir a la vía judicial, ante esa tácita falta de aceptación por la otra, para demandar una sentencia que declarase bien hecha la resolución;

nada impide que la parte opte por exigir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento del contrato desistiendo de su inicial voluntad resolutoria. En consecuencia, al ejercitar el tenedor de las letras de cambio libradas y aceptadas como medio para el pago del precio pactando la acción ejecutiva para su cobro, no ha actuado en forma contraria a la buena fe y ha realizado un ejercicio abusivo de su derecho a obtener, por vía judicial, la contraprestación pactada a su favor. (STS de 26 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—D. A. S. y don G. S. de S. resolvieron disolver la sociedad que habían constituido dos años antes. Don G. vendía a don A. la parte de la que era titular abonándose el precio mediante el pago de un número determinado de letras con vencimiento en la fecha que se concretaba. Igualmente pactaban una cláusula penal en cuya virtud hasta la fecha en que se pagase la última cambial librada don A. ejercería en la clínica creada por ambos la actividad operatoria exclusivamente mientras que don G. sólo pasaría consulta, actividades que concertaban de forma excluyente. El incumplimiento de estos acuerdos tendría como consecuencia que la otra parte diera por vencidas las cambiales libradas anticipadamente y pudiera exigir las cantidades que quedasen por pagar haciéndose cargo en pleno dominio de la clínica hasta que el contrario se pusiera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones; correlativamente, el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el vendedor comportaría la pérdida de las cantidades que quedarán por cobrar. Ante el impago de las cambiales promueve don G. demanda ejecutiva contra el librado-aceptante que termina con Sentencia de remate estimatoria. La sentencia quedó confirmada en su integridad en segunda instancia al no admitirse la oposición argüida por el ejecutado. Por su parte, éste —por la vía del juicio declarativo— intentó que se dictara sentencia en la que se declarase que el importe de lo debido al vendedor no era exigible, dejándose sin efecto la vía ejecutiva y levantándose el embargo trabado. Su demanda se desestimó en ambas instancias. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

19. *Exceptio non adimpleti contractus.*—La compraventa es un contrato bilateral, conmutativo, oneroso y recíproco. Se trata de un incumplimiento que reviste tal entidad que frustra las legítimas expectativas de los compradores. Estamos en presencia de un contrato de carácter sinalagmático, el de compraventa, que entroniza plenamente el principio que configura la *exceptio non adimpleti contractus*, creación jurisprudencial que encuentra su fundamento legal en los artículos 1100 y 1124 CC, que supone que si una de las partes pretende exigir a la otra el cumplimiento o la resolución del contrato de compraventa podrá oponer la referida excepción, SS de 16 de abril de 1991, 30 de octubre de 1992 y 5 de diciembre de 1997. (STS de 10 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—J. A. C. J. y A. M. C. M. compraron una finca, creyendo que estaba libre de cargas, a I. H. L. y J. L. F. S. En el contrato de compraventa las partes acordaron que el pago del precio se realizaría en dos plazos y se estableció una condición resolutoria en

caso de impago. Los compradores hicieron efectivo el primer plazo del precio, pero antes del vencimiento del segundo y último tuvieron conocimiento de la existencia de un Consorcio forestal y de un arrendamiento cinegético en dicha finca. Los compradores, cuando venció el segundo y último plazo, retuvieron parte del precio en compensación con las cargas que pesaban sobre la finca. Los compradores interpusieron demanda contra I. H. L. y J. L. s F. S., solicitando la cancelación de la condición resolutoria por impago que pesaba sobre la finca y una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Los demandados formularon reconvencción solicitando que se condenase a los compradores a la totalidad del pago del último plazo. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a satisfacer a los actores los daños y perjuicios ocasionados tanto por la existencia del Consorcio Forestal, como por la indisponibilidad del aprovechamiento cinegético de la finca. Este Juzgado estimó la demanda reconvenzional y condenó a los compradores al pago de la cantidad que habían retenido. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por ambas partes. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por J. A. C. J. y A. M. C. M. y condenó a la parte vendedora a la cancelación de la condición resolutoria que pesaba sobre la finca porque el último plazo se entiende pagado en su totalidad ya que la cantidad retenida por los compradores se compensa con las cargas que pesan sobre la finca. (R. T. B.)

20. Rescisión del contrato por fraude de acreedores. No vinculación del Juez civil a la resolución penal.—La resolución penal había absuelto al demandado de un delito de alzamiento de bienes, pero eso no vincula al juez, porque, es obvio que, puede perfectamente, la conducta de los actores al respecto no ser constitutiva del delito en su perfecta tipicidad y, sin perjuicio de ello, encuadrarse la misma en un ilícito civil determinante de la rescisión del contrato de transmisión por fraude de acreedores establecida en el artículo 1291 CC.

Innecesaria de procedimiento previo de declaración de insolvencia.—El artículo 1294 CC establece que la acción de rescisión sólo podrá ser utilizada subsidiariamente cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para la reparación del perjuicio. La S de 2 de junio de 1994 establece que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concorra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que les afectan. (STS 22 de noviembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—J. J. G. G. contrató un préstamo con el *Banco de Fomento S. A.* Posteriormente cedió en escritura pública parte de sus

bienes a su madre R. M. G. V. A su vencimiento J. J. G.G. no devolvió el préstamo. El *Banco de Fomento S. A.* interpuso demanda contra R. M. G. V. y J. J. G. G. El Banco de Fomento S. A. solicitó que se declararan hechas en fraude de acreedores las transmisiones de fincas realizadas por José Julián G. G. a favor de su madre R. M. G. V., y que se cancelaran las inscripciones de dominio causadas por dichas transmisiones. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró las transmisiones hechas en fraude de acreedores y las rescindió. La Audiencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por M. R. G. V. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación. (*R. T. B.*)

21. La anterioridad del crédito como presupuesto para el ejercicio de la acción pauliana: la deuda fiscal.—La existencia de la deuda fiscal correspondiente a períodos pasados no declarados puede apreciarse antes de que se concrete exactamente su cuantía. *En todo caso, y con independencia de la determinación del momento en que se produce el nacimiento de la obligación tributaria, resulta incuestionable el conocimiento que el sujeto pasivo tenía del impuesto favorable a la Hacienda Pública al tiempo de realizar las enajenaciones impugnadas. Aunque el ejercicio de la acción pauliana exige que el crédito sea anterior al acto impugnado, excepcionalmente se admite su ejercicio cuando el deudor, al tiempo de enajenar, pudo prever con evidencia la existencia posterior de la deuda (FD 3.º).*

Configuración jurisprudencial de los requisitos para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude: motivación suficiente de la sentencia.—La concurrencia de los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana queda suficientemente motivada si consta el proceso lógico jurídico que dirige al fallo, teniendo en cuenta, además, que la configuración de estos requisitos es fruto de la elaboración jurisprudencial. La sola falta de una mención al artículo 1291.3.º CC no implica que la motivación de la sentencia sea insuficiente (FD 2.º). (**STS de 28 de diciembre de 2001**; no ha lugar.)

HECHOS.—Se impugnan por la vía pauliana la donación de un inmueble y la venta de unas acciones a hijos, en perjuicio de un crédito tributario. La codemandada y enajenante de los bienes había sido citada por la Inspección Tributaria con fecha 13 de noviembre de 1991 para el 3 de diciembre de ese mismo año, a causa de la falta de declaración durante varios años. El 29 de noviembre se realizaron las enajenaciones ahora impugnadas. El 6 de julio de 1992 se firmaron las actas de conformidad, declarándose una deuda fiscal de algo más de catorce millones de pesetas, que no fue pagada en tiempo y que originó un procedimiento ejecutivo de apremio en el que los bienes embargados resultaron absolutamente insuficientes. La impugnación de la donación y de la compraventa prosperó en ambas instancias. En casación no hubo lugar. (*C. J. D.*)

22. Acción rescisoria por fraude de acreedores.—La acción rescisoria se apoya en la existencia de un crédito anterior al acto fraudulento dispositivo (SSTS de 18 de julio y 27 de noviembre de 1991, 15 de septiembre y 31 de

diciembre de 1997 y 31 de mayo de 1999) actuando la rescisión con efectos de ineficacia sobrevenida.

Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (STS de 14 de junio de 1958) siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con las peculiaridades que presenta, especialmente en aquellos supuestos en los que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito (SSTS de 18 de mayo de 1988, 11 de noviembre de 1993 y 28 de junio de 1994).

El fraude se aprecia y puede existir, tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia de causarlo (SSTS de 12 de julio de 1990 y 27 de noviembre de 1991), correspondiendo a la jurisdicción civil sólo decidir tal cuestión. De hecho, debe referirse la STS de 5 de mayo de 1997, que resuelve un caso similar al que nos ocupa, en la cual declara el Tribunal que no es necesario para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible, pues basta su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago. (STS de 11 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián tramitó el juicio declarativo de menor cuantía que promovió la demanda de la Diputación Foral de Guipúzcoa en la que solicitaba la rescisión de un contrato de donación de 4 de abril de 1991, por entender que había sido realizado en fraude de acreedores. A este respecto, se dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 1995, desestimando la demanda presentada. Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Provincial de San Sebastián, Sección Primera, la cual resolvió estimando el recurso presentado, con fecha 2 de mayo de 1996 y revocando, por tanto, la decisión inicial. Finalmente, se interpone recurso de casación al amparo del 1692.4.º LEC, alegando la infracción de los artículos 1290 y 1291.3.º y jurisprudencia, y 1290 y 1291.3.º en relación al 647 (párrafo segundo), 1297 (párrafo primero) y 1251 CC y jurisprudencia. (*J. L. B.*)

23. Preferencia de créditos entre pólizas de crédito y pólizas de préstamo.—Cuando concurren pólizas de crédito con pólizas de préstamo (créditos con preferencia, sin privilegio especial), entiende el TS (STS de 6 de junio de 1995) que para determinar la preferencia entre ellas se ha de atender a la fecha de creación del título. En las pólizas de crédito, ha de entenderse que esta fecha es la de liquidación o determinación de la cantidad para que ésta sea exigible (la Sentencia de remate), ya que la deuda oscila según las disposiciones y reintegros de cantidades hechas por el acreditado en la cuenta corriente donde habitualmente se gestiona el crédito. Por el contrario, en las pólizas de préstamos tal operación no es necesaria, ya que desde la fecha de la entrega del dinero queda demostrada la cantidad que se debe devolver como principal (SSTS de 29 y 7 de abril, 23 de noviembre y 4 de diciembre de 2000).

Plazo de interposición de la tercería de mejor derecho.—La tercería de mejor derecho se puede plantear en cualquier momento anterior al remate de la subasta de los bienes embargados. Una vez librado por el Secretario del Juzgado, con el visto bueno del Juez, el testimonio del auto de aprobación del

remate, parece que se ha de entender transmitido el dominio y recibido el precio por parte del acreedor que inició el procedimiento ejecutivo.

Efectos de la demanda de tercería de mejor derecho.—A diferencia de la tercería de dominio, la admisión a trámite de la demanda de tercería de mejor derecho no suspende el procedimiento de apremio, que continúa sus trámites hasta realizar la venta de los bienes embargados. El dinero que se obtenga de tal venta se habrá de depositar en un establecimiento destinado a tal efecto para hacer pago a los acreedores según el orden de preferencia que se determine en el juicio de tercería (art. 1536 LEC). (STS de 18 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el impago de dos letras de cambio, la mercantil *PROCONSA* demanda a su deudora, *SEMUJA*, en juicio ejecutivo. De ello resulta el embargo de seis fincas propiedad de *SEMUJA*, siendo subastadas tres de ellas. En el momento procesal en que dos de estas fincas quedan pendientes de aprobación de remate y la tercera, de auto de adjudicación, el *Banco Santander Central Hispano* interpone tercería de mejor derecho reclamando su preferencia para el cobro del crédito que tenía frente a *SEMUJA*, recogido en escritura pública y no cubierto por la hipoteca ejecutada.

La demanda es desestimada en primera instancia, fallo frente al cual interpone el *Banco Santander Central Hispano* recurso de apelación. El recurso es estimado y la Audiencia Provincial revoca la Sentencia de primera instancia, estimando la demanda. Interpone entonces *PROCONSA* recurso de casación, sobre la base del artículo 1533 LEC, alegando el planteamiento extemporáneo de la tercería de mejor derecho. El TS declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, de 7 de enero, la tercería de mejor derecho se regula en los artículos 613 y siguientes, correspondiendo al actual artículo 616 la regulación anteriormente contenida en el 1536 LEC. (A. M. M.)

24. Compraventa. Copropiedad. Ineficacia del negocio jurídico en que uno de los copropietarios no otorgó poder de representación ni ratificó la compraventa.—Es especialmente clara y trata un caso muy semejante al presente la S de 19 de diciembre de 1985, que dice literalmente: «La enajenación de la cosa común como cosa propia supone, en efecto, una alteración de la misma prevista en el artículo 397 CC, de añeja tradición (SS de 17 de junio de 1927, 9 de febrero de 1954, 10 de octubre de 1956, 8 de abril de 1965, 20 y 21 de febrero de 1969, 25 de abril de 1970 y 14 de diciembre de 1973), ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante estiman que esa alteración no sólo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo 397, no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo 398, la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca, respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente se llega a la invocación de estos artículos 397 y 398 a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redundan en notorio y claro provecho de la comunidad, pero

no en caso contrario en que se declara la nulidad radical, como en el caso contemplado en la S de 14 de diciembre de 1973 de un arrendamiento que precisaba la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir, el consentimiento del copropietario, a través de sus órganos legales de representación complementarios de su incapacidad, para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso».

La misma idea es mantenida en la S de 8 de julio de 1988 al decir: «... la enajenación de una finca por uno de los copropietarios sin consentimiento de los demás es nula, sin que pueda ya alegar la subsistencia de la validez parcial del contrato...» Lo que se reitera en las SS de 25 de junio, 23 de octubre de 1990 y 30 de junio de 1993.

En el desarrollo de este motivo se mantiene que aquel contrato de compraventa se celebró sin poder de representación de uno de los copropietarios, pero medió una posterior ratificación tácita, por lo que es plenamente válido y eficaz. Este argumento se rechaza y el motivo se desestima. En primer lugar, la declaración tácita es aquella que se deduce de una declaración o de un comportamiento, que no admiten duda —como hechos concluyentes— de su significado; así las SS de 28 de septiembre de 1987 que, con abundante cita de jurisprudencia anterior, destaca la *facta concludentia* y de 19 de diciembre de 1990 que destaca la necesidad de actos inequívocos; en el mismo sentido, la de 28 de junio de 1993. En segundo lugar, la ratificación a que se refiere el motivo, no existe, no aparece, no la mencionan las Sentencias de instancia, ni esta Sala la acepta, deduciéndola de actos que de ningún modo demuestran la voluntad unívoca de ratificar. En consecuencia, el negocio jurídico —contrato de compraventa— es nulo, como dice la S de la Audiencia Provincial o más bien inexistente, ya que la pseudorrepresentante no emitió declaración en nombre de don D. A. porque carecía de poder de representación y éste, pseudorepresentado tampoco la emitió ni nunca quiso emitirla; a falta de declaración, el negocio jurídico carece de este elemento esencial y no llegó a existir.

Incongruencia interna.—El segundo de los motivos de casación se funda en el núm. 3 del artículo 1692 LEC y alega infracción del artículo 359 de la misma ley, por apreciar incongruencia en la Sentencia de instancia. El motivo se estima porque hay incongruencia interna en los pronunciamientos de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia había declarado la ineficacia parcial del (primer) contrato de compraventa (a los compradores señores B. y G.) de 3 de septiembre de 1994, ineficacia relativa a la cuota de don D. A. y validez respecto a las cuotas de las hermanas A. M.; declaración contraria a derecho, la cual llevó consigo la declaración de ineficacia parcial del (segundo) contrato de compraventa por estas mismas cuotas a don D. A., porque ya las había vendido, en el contrato anterior, a los mencionados señores B. G. Al revocar, acertadamente, la Audiencia Provincial la primera de las declaraciones, no puede mantenerse la segunda, ya que siendo totalmente inválida la primera de las compraventas, es válida la segunda. (STS de 13 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión fáctica que se plantea en el presente caso es la siguiente: la finca sita en Adamuz, provincia de Córdoba,

conocida con el nombre de «Tembladilla», dedicada a olivar, fue vendida en documento privado de 3 de septiembre de 1994 suscrito por doña M. M. C. y doña M.^a I., doña M.^a B., doña M.^a M. y doña R. A. M., como vendedoras, a don J. A. B. B. y doña A. G. P., como compradores. La primera de aquéllas añadía al pie de su firma «...por sí y en representación de don D. A. C.». La finca era copropiedad de este último y de sus hermanastras, las cuatro hermanas mencionadas.

Don D. A. C. alegó (1.º) que nunca había otorgado poder de representación ni había ratificado la compraventa; además, (2.º) posteriormente compró sus respectivas cuotas a sus cuatro hermanastras; (3.º) por ello, era propietario pleno de la finca; (4.º) por último, los compradores eran poseedores de la finca, sin derecho a poseer. Estas cuatro cuestiones constituyen los pedimentos del suplico de la demanda, formulada contra los compradores, que se han opuesto a la misma y las vendedoras, que se han allanado.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado núm. 2 de Montoro, de 20 de abril de 1999 declaró (1.º) la ineficacia parcial del contrato de 3 de septiembre de 1994 y (2.º) la nulidad parcial del contrato de compraventa de las cuatro hermanas a don D. A.; desestimó el resto de los pedimentos. En grado de apelación, fue revocada en parte por la S de 7 de julio de 1999 de la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de Córdoba, que declaró (1.º) nulo, radicalmente, el contrato de compraventa de 3 de septiembre de 1994, en su totalidad, por falta de consentimiento del vendedor y mantuvo el resto del fallo de primera instancia.

Contra esta sentencia, los compradores, don J. A. B. B. y doña A. G. P. han formulado el presente recurso de casación. (A. G. B.)

25. Ausencia del litisconsorcio pasivo necesario. Vía procesal adecuada para su denuncia.—El consorcio procesal obligatorio ha de buscarse en la relación jurídico material controvertida en el pleito, para impedir que puedan ser afectados quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio y asimismo para evitar resoluciones contradictorias, lo que aquí no puede ocurrir ya que sólo se ventila la responsabilidad exclusiva del propio mediador, nacida tan sólo de sus actos y cometido y no extensible a otros, salvo que se demostrare connivencia con uno de los otorgantes, lo que aquí no acontece.

La vía adecuada de utilización casacional de la ausencia del preceptivo litisconsorcio pasivo es la del núm. 3.º del artículo 1692 LEC, lo que, por otra parte, se reconoce por la propia recurrente con cita incluso de determinadas sentencias de esta Sala y por ello no se comprende la duplicidad del motivo, ya que debió utilizarse sólo la vía casacional del núm. 3.º, pues los preceptos de carácter procesal, sean de creación legal o jurisprudencial, no pueden servir de base a un recurso de casación por infracción de Ley —SS de 31 de octubre de 1989, 18 de abril de 1990, 8 de marzo, 30 de abril y 7 de mayo de 1991 y 19 de abril de 2001, entre otras.

Carácter público del Registro de la Propiedad.—El artículo 221 LH (Texto Refundido por Decreto de 8 de febrero de 1946) proclama que «los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos», precepto éste que

se corresponde con el artículo 607 CC («El Registro de la Propiedad será público para los que tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos») y que se desarrollan en los artículos 222 y 227 de la Ley y 332 a 335 del Reglamento aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947. Un interesado como comprador podrá examinar los libros –art. 222.1 de la Ley y 332.1 del Reglamento–, pedir información al Registrador sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes lo soliciten –art. 222.7 y 258 de la Ley y 334 del Reglamento– y pedir certificaciones de los asientos existentes en la finca en cuestión –art. 223.1 y 2 de la Ley y arts. 336 y ss. del Reglamento–. Ello supone que el interesado –el comprador– debe conocer la situación registral de la finca que desea adquirir y que este conocimiento de todas las cargas, condiciones y gravámenes que pesan sobre el inmueble y que lo afectan como tercero en cuanto constan en el Registro, le permiten no sólo tal examen personal, sino la petición de certificación, que incluso puede pedirse por correo o fax, acreditando el interés. La nota simple a la que se alude en la sentencia *a quo* presenta un valor puramente informativo –art. 222.5 de la Ley– y no da fe del contenido de los asientos –art. 332.5 del Reglamento.

Contrato de mediación no alcanza a responder de la existencia de cargas en la escritura de venta. Aplicación del artículo 1483 CC.–Al no constar que se encargase específicamente al mediador demandado la constancia registral a efectos de la consignación del contrato, y ello se acredita en la presencia de una nota informativa con el valor expresado, porque resulta inconcebible en una normal cautela y prudencia en un adquirente de un inmueble y más aún de una casa vivienda el no examinar el Registro o pedir una certificación de la situación de la finca en el mismo.

Ello obliga al acogimiento del motivo y a igual conclusión conduce el dato fáctico de que la intervención del mediador fue la de poner en relación a vendedor y comprador y siendo ellos los que pactaron las condiciones del contrato. En tal situación ha desaparecido la actuación del demandado y opera tan sólo la responsabilidad del vendedor, a tenor del artículo 1483 CC que concede al comprador la facultad de pedir la rescisión del contrato de compraventa o, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios y ésta sujeta a la concurrencia de los siguientes supuestos de hecho: 1.º) Que se trata de una finca gravada con una carga o servidumbre no aparente. 2.º) Que tal carga o servidumbre no se mencione en la escritura de transmisión. 3.º) Que sea de tal importancia que, de haberla conocido el comprador, deba presumirse que no la hubiera adquirido –S de 25 de abril de 1983–. (STS de 10 de octubre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.– Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcázar de San Juan, se promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad. El Juzgado dicta sentencia desestimando la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue estimado, revocando la sentencia de primera instancia. (A. G. B.)

26. Resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles.–El artículo 1504 CC establece que en el contrato de compraventa de

bienes inmuebles el comprador podrá pagar el precio convenido después de expirado el término pactado, mientras no haya sido requerido por vía notarial o judicial. Hecho el requerimiento el vendedor tiene pleno derecho a la resolución de la compraventa convenida. La resolución contractual se ejerció de forma correcta. Debe tenerse en cuenta que según reiterada doctrina de esta Sala (STS, entre otras, de 9 de marzo de 1990) el requerimiento a que se refiere el artículo 1504 CC presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa, por incumplimiento del comprador del pago del precio «sin que al mismo tiempo pueda imponerse la obligación de requerir previamente al pago».

Interpretación de los contratos.—El artículo 1281 CC establece que cuando los contratos son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. La vulneración del artículo 1282 CC es incompatible con la ya establecida interpretación adecuada del artículo 1281 CC. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—S. S. B. formalizó contrato privado de compraventa de una finca con *Promociones Morunys S. A.* Ante la falta de pago del precio convenido *Promociones Morunys S. A.* remitió a S. S. B. carta por vía notarial mediante la que se procedía a la resolución del contrato de compraventa. Posteriormente *Promociones Morunys S. A.* formalizó contrato de compraventa de dicha finca con F. J. C. M. y M. B. C. Sergio S. B. interpuso demanda contra la entidad *Promociones Morunys S. A.*, contra F. J. C. M. y contra M. B. C. El demandante solicitó la cancelación de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad a favor de F. J. C. M. y M. B. C., y la inscripción en el Registro del título a su favor. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a *Promociones Morunys S. A.* a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al demandante y absolvió a los codemandados. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación presentado por S. S. B. y estimó el recurso de apelación presentado por *Promociones Morunys S. A.* desestimando totalmente la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por S. S. B. (R. T. B.)

27. Desistimiento unilateral del contrato de venta con exclusiva: compensación.—En virtud de reiterada jurisprudencia relativa al contrato de venta con exclusiva (SSTS de 25 de mayo de 1966 y 14 de febrero de 1973), el TS declara que el derecho de retracción o revocación unilateral en este tipo de contratos no puede calificarse como incumplimiento contractual, por lo que no da lugar a la compensación pertinente. El desistimiento unilateral del contrato no supone aquí una infracción del artículo 1101 CC, y la indemnización de daños y perjuicios tan sólo será viable cuando dicho desistimiento se realice de mala fe, sin motivo alguno, o de modo abusivo (SSTS de 17 de diciembre de 1973, 6 de marzo de 1978, 21 de abril de 1979, 30 de junio de 1987 y 18 de julio de 2000).

Calificación jurídica de los contratos: interpretación.—Con independencia de la denominación que las partes realicen de un contrato, es el contenido real del mismo el que determina su calificación jurídica. El fin jurídico

perseguido por los contratantes y las declaraciones de voluntad que éstos realicen han de ser interpretadas por los tribunales de instancia para la calificación jurídica de los contratos (SSTS de 16 de mayo y 3 de junio de 1994, 7 de febrero y 10 de mayo de 1995, 18 de febrero de 1997 y 4 de julio de 1998). Conforme a su doctrina jurisprudencial (STS de 28 de noviembre de 1997), el TS afirma la preferencia del criterio de literalidad de los términos contractuales a la hora de interpretarlos, si bien matiza que en virtud del artículo 1282 CC también han de tenerse en cuenta otros datos, como por ejemplo la conducta de los contratantes constituida por sus actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato. Igualmente, considera que la determinación anual de unos objetivos de venta para ciertos productos no desvirtúa la calificación de un contrato como de distribución en exclusiva.

Congruencia y contradicción. Oposición a la demanda reconvenzional.—El requisito de la congruencia (art. 359 LEC) no impone la literal concordancia entre el fallo y las pretensiones de las partes, sino su racional adecuación. De igual forma, es doctrina reiterada del TS (STS de 30 de junio de 1986) que, para apreciar una contradicción entre los distintos pronunciamientos del fallo, ésta ha de ser de tal entidad que imposibilite la coexistencia entre ellos, por excluirse mutuamente. Es también admitida doctrinal y jurisprudencialmente (SSTS de 16 de noviembre de 1993, 8 de junio de 1996 y 24 de abril de 1999) la oposición a la demanda reconvenzional sin necesidad de un fórmula específica que la exteriorice, no pudiéndose hablar procesalmente en estos casos de una «reconvencción de la reconvencción». (STS de 18 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Se interpone demanda por la entidad mercantil *Comercial J. Pedreño S. L.* contra *Destilerías Viana S. A.* sobre incumplimiento de contrato. La parte demandada se opone a la demanda y formula reconvencción solicitando se condene a la demandante al pago de cierta cantidad más los intereses legales. *Comercial J. Pedreño S. L.* contesta a la reconvencción solicitando una indemnización en concepto de daño emergente, así como la cantidad que la sentencia determine como lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima íntegramente la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y estima parcialmente el recurso de apelación. El TS estima parcialmente el recurso de casación, dejando sin efecto en parte la sentencia apelada.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, la regulación del derogado artículo 359 se encuentra en el actual artículo 218 LEC que si bien no introduce importantes novedades, si ha pasado a contemplar ciertas previsiones, anteriormente no contenidas de forma expresa, que afectan a la exigencia de motivación y al deber de congruencia de las resoluciones judiciales. (S. E. M.)

28. Arrendamiento de negocio: rescisión e indemnización de daños y perjuicios.—Cuando el arrendador del negocio incumple la obligación de mantener el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo que dure el

contrato (art. 1554.3.º CC), el arrendatario puede rescindir el contrato en virtud del artículo 1556 CC. En este sentido, el TS afirma que, asumida contractualmente por el arrendador la obligación de proporcionar los requisitos administrativos necesarios para la explotación de un negocio, si dicha obligación se incumple, el arrendatario tiene la facultad de poder rescindir el contrato (SSTS de 13 de febrero de 1989, 20 de septiembre de 1990 y 3 de noviembre de 1993). No obstante, destaca el Tribunal que de esta facultad de resolución contractual no se deriva necesariamente la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, sino que éstos han de ser demostrados, puesto que su producción no es inherente al incumplimiento de las obligaciones.

Carga de la prueba.—Es doctrina reiterada del TS (SSTS de 30 de noviembre y 2 de diciembre de 1998 y 9, 10 y 29 de marzo de 1999) que el artículo 1214 CC no es apto para amparar un recurso casacional basado en el alegato de una mala valoración de la prueba. Tan sólo puede sustentarse en casación su infracción cuando exista una carencia de la misma y cuando las consecuencias negativas de tal carencia se produzcan con inversión del principio de distribución de la carga de la prueba. (STS de 24 de enero de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—*Promodisco S. A.* formula demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don M. D. G. sobre resolución de contrato de arrendamiento de negocio.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda rescindiendo el contrato, pero absolviendo a la parte demandada del pago de los daños y perjuicios. Apelada la sentencia anterior por ambas partes, la Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada y absuelve de todos los pedimentos al demandado. El TS estima parcialmente el recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y manteniendo la dictada por el Juzgado.

NOTA.—El artículo 1214 CC ha sido derogado por el número 2.1.º de la DD Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Actualmente la regla de la carga de la prueba se contiene en el artículo 217 LEC. (S. E. M.)

29. Resolución de contrato de arrendamiento de industria por expiración del plazo.—De acuerdo con el artículo 1566 CC, si el arrendatario permanece disfrutando de la cosa arrendada después de la llegada del término fijado, se entiende que hay tácita reconducción. Para evitar esta reconducción es necesario que la parte arrendadora haya interpelado a la arrendataria. En el caso estudiado por esta Sala no se produce el supuesto de tácita reconducción ya que el contrato no expiraba en la fecha alegada por la parte demandada (y recurrente) sino dos meses después, aunque en un documento inicial se fijase una fecha, ya que en contratos posteriores vinculados a este documento, las partes acordaron que el contrato finalizaría en julio y no en mayo, de modo que el hecho que la empresa demandada pudiese continuar disfrutando del arrendamiento con posterioridad a mayo, no era un supuesto de tácita reconducción, ya que el término pactado aún no había expirado. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La sociedad *Carburantes Ayala* celebró un contrato de arrendamiento de industria con la entidad *Estaciones de Servicio*

Extremadura, en virtud del cual ésta arrendaba diferentes estaciones de servicio. Aunque en unos documentos de mayo de 1985 se fijaba que el contrato tendría una duración de diez años, en el contrato celebrado en noviembre de 1986 se estableció que los contratos finalizarían el 31 de julio de 1995. Expirado este término, la sociedad *Carburantes Ayala* interpuso demanda de desahucio contra *Estaciones de Servicio Extremadura* por expiración del plazo pactado para el arrendamiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró extinguidos los contratos de arrendamiento de servicios por expiración del plazo. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, éste fue desestimado por la Audiencia Provincial de Badajoz. *Estaciones de Servicio Extremadura* interpone recurso de casación porque considera que se había producido una tácita reconducción, ya que entiende que el contrato finalizaba en mayo de 1995, de modo que al no reclamarle la sociedad *Carburantes Ayala* la devolución de las estaciones de servicio en ese momento, se producía un caso de tácita reconducción. El TS desestima el recurso porque considera que no había tácita reconducción ya que el contrato expiraba en una fecha posterior a la alegada por la recurrente. (M. V. V.)

30. Contrato de arrendamiento financiero (*leasing*). Procedencia de su calificación como tal en lugar de compraventa a plazos. Irrelevancia de la equivalencia cuotas –valor residual.–Este recurso es uno de los muchos que, aun cuando dimanantes casi siempre de una tercera de dominio, han sido resueltos por esta Sala rechazando la tesis de la compraventa a plazos, tesis normalmente sustentada en una tónica cita de la S de 28 de mayo de 1990 no suficientemente atenta al requisito de la similitud de los respectivos supuestos de hecho.

Por su claridad y pertinencia para dar respuesta a los motivos del presente recurso, viene al caso transcribir parte del FJ 2.º y la totalidad del FJ 3.º tercero de la S de esta Sala de 2 de diciembre de 1999 (recurso 937/95): «Aunque el motivo hubiese estado bien formulado casacionalmente, también es desestimable. La Audiencia ha interpretado el contrato litigioso y ha encontrado que es jurídicamente el típico contrato de *leasing* de acuerdo con la DA 7.ª de la Ley 26/1988, de 29 de julio. La recurrente sostiene por el contrario que esa interpretación infringe la citada disposición, y de su extensa y en gran parte innecesaria disposición, dedicada a aspectos doctrinales del *leasing* y de la venta a plazos de sobra conocidos, se puede extraer que reposa su tesis sobre dos aspectos del contrato litigioso, a saber: que no cumple lo ordenado en el apartado 3 de la DA, al que califica de requisito esencial, pues en el contrato sólo se pactó el precio global, el importe a pagar en cada mensualidad; y en que en la opción de compra el precio era equivalente al importe de una mensualidad, precio meramente simbólico, y revelador de que el contrato de *leasing* financiero no era más que la cobertura de una compraventa a plazos del camión.

Estos argumentos son erróneos. Por lo que respecta a la “sustancialidad” que atribuye a lo ordenado en el apartado 7.º de la DA, no existe más que falta de atención a los apartados 5.º y 6.º de la misma DA, en la que se revela nítidamente que la finalidad de la primera es exclusivamente de orden fiscal, en

modo alguno trasciende al orden sustantivo del contrato. La índole fiscal es todavía más clara si se repara en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de sociedades, cuya DD Única deroga expresamente, entre otros, el repetido apartado 7.º, es más, en el artículo 128, bajo el epígrafe tan significativo de “Régimen fiscal de determinados contratos financieros”, reproduce sustancialmente aquella DA de la Ley 26/1988 en sus nuevos preceptos sustitutivos de los derogados.

En lo que atañe al bajo valor residual del objeto, que es el precio de la opción de compra a la finalización del plazo de duración del *leasing*, carece de apoyo legal la tesis de la recurrente, pues como esta Sala ha dicho con reiteración, no hay ninguna norma que haya de cumplirse en la fijación de aquel valor residual (SS de 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 1 de febrero y 26 de noviembre de 1999). Además, de nuevo olvida la recurrente la DA 7.ª de la Ley 26/1988 en su apartado 7.º (reproducido en el apartado 7.º del art. 128 de la Ley 43/1995), que obliga a las entidades arrendadoras a amortizar el coste del bien o bienes adquiridos para el arrendamiento financiero, “deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra”, en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato. Es decir, que para todos los efectos fiscales, el precio de adquisición debe corresponder a las cuotas a pagar en aquellos plazos, por lo que entonces es completamente lógico que el valor residual no sea índice significativo por sí mismo de la conversión del *leasing* en una venta a plazos.

TERCERO.—El motivo segundo [...] combate la sentencia recurrida por infringir el artículo 2 de la Ley 50/1965, de 17 de julio. Según la recurrente, fue la finalidad perseguida por los contratantes realizar una compraventa a plazos, como lo demuestra para ella que *Lisduero, S. A.* sea una mera intermediaria en la adquisición del camión, cediéndole al arrendatario financiero las acciones que tuviese contra la vendedora, y manifestando expresamente que aquel arrendatario ha acudido a *Lisduero, S. A.* para obtener una modalidad de financiación. Además, insiste en la baja estimación del valor residual del bien y dice que la cláusula general quinta reproduce el artículo 11 de la Ley 50/1968.

El motivo, cuya fundamentación básica se ha expuesto, vuelve de nuevo a combatir la interpretación del contrato que ha hecho la Audiencia, manifestando su propio y particular criterio, pero sin demostrar que aquella interpretación es ilógica o vulneradora de preceptos legales, únicos supuestos en que, según reiterada y constante jurisprudencia de esta Sala, puede la misma revisar el juicio de la Audiencia. El artículo 2 de la Ley 50/1965 no sirve a esos efectos, pues sólo autoriza a averiguar la finalidad perseguida por las partes, que es lo realizado por la sentencia que se recurre.

Además, la interpretación de la recurrente está viciada por no haber tenido en cuenta que el contrato de compraventa entre la entidad arrendadora y el vendedor forma parte de la operación del arrendamiento financiero o *leasing*, bien se considere que ambos contratos son conexos por la finalidad esencial perseguida (arrendar el bien elegido por el propio arrendatario), bien que el *leasing* es un contrato mixto en que se funde la cesión de uso y la opción de compra en una causa única (S de 30 de julio de 1998 y las que cita). La *cláusula de cesión de acciones* contra el vendedor que pacta la arrendadora en *leasing* y adquirente del bien designado por el arrendatario a favor de éste *responde a su verdadero papel en la compleja operación*, que no es el de adquirir para sí y para su uso el bien sino para cedérselo en arrendamiento al que lo

ha elegido y por ello lo ha comprado, y es usual y completamente normal en esta clase de contratos (Ss de 26 de febrero de 1996 y 24 de mayo de 1999). Por lo que respecta a la incidencia en la calificación jurídica del bajo valor residual nos remitimos al examen del motivo primero, y en cuanto a la identidad entre la cláusula quinta y el artículo 11 de la Ley 50/1968, tampoco puede ser causa de desnaturalización del *leasing* pues la DA 7.ª de la Ley 26/1986 no la prohíbe ni contiene una regulación distinta (como tampoco la DA 1.ª de la nueva Ley de 13 de julio de 1998, no es aplicable al caso litigioso por regir desde fecha muy posterior al contrato y a este pleito)».

Con posterioridad, la S de esta Sala de 20 de julio de 2000 (recurso núm. 2584/1995), prestando especial atención a la doctrina contenida en otras sentencias de ese mismo año y de los dos anteriores, destacó la opción de compra a favor del usuario como elemento necesario del arrendamiento financiero, la exclusividad del objeto social de las sociedades de arrendamiento financiero y, en fin, la posibilidad de apreciar ciertamente una compraventa a plazos bajo la forma de arrendamiento financiero pero siempre que se acuerde un arrendamiento simulatorio. Y en esta misma línea ha abundado la sentencia de 6 de marzo del corriente año (recurso núm. 575/1996) destacando, de un lado, que según la actual doctrina de esta Sala la nimiedad del valor residual no basta por sí sola para descalificar el arrendamiento financiero, sobre todo si su objeto son bienes de equipo que se integran en la cadena de producción industrial de la empresa arrendataria, y, de otro, la peculiaridad del caso resuelto por la S de 28 de mayo de 1990, en el que la entidad arrendadora descontó no sólo las letras de cambio aceptadas por la arrendataria para el pago de la renta periódica sino también la que representaba el valor residual. Finalmente, la S de 4 de junio último (recurso núm. 1425/1996) ha insistido en la insuficiencia del simbolismo del valor residual para descartar la calificación de arrendamiento financiero. (STS de 21 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La compañía mercantil *Bansander de Leasing S. A.* interpone demanda contra la *Compañía Internacional Vinícola Agrícola S. A.* solicitando se dicte sentencia por la que se declare la resolución del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre ambas entidades con entrega del bien objeto del mismo (un filtro de tambor rotativo) más la indemnización correspondiente a su deterioro. Se estima parcialmente la demanda declarándose la resolución del contrato y la devolución de la máquina a la actora. Se desestima la apelación que interpone la demandada. No ha lugar a su recurso de casación. (R. G. S.)

31. Contrato de arrendamiento financiero (*leasing*). Procedencia de su calificación como tal en lugar de compraventa a plazos. Irrelevancia de la equivalencia cuotas –valor residual.—Se reitera la misma doctrina que en la STS de 21 de diciembre de 2001, que se aplica a un supuesto de hecho sustancialmente idéntico. (STS de 21 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Compañía mercantil *Bansander de Leasing S. A.* interpone demanda contra la *Compañía Internacional Vinícola Agrícola S. A.* solicitando se dicte sentencia por la que se declare la resolu-

ción del contrato de arrendamiento financiero suscrito entre ambas entidades con entrega del bien objeto del mismo (una centrífuga filtrante continua) más la indemnización correspondiente a su deterioro. Se desestima la demanda. La Audiencia estimó la apelación de la actora revocando la sentencia del Juzgado y declarándose, en consecuencia, la resolución del contrato y la devolución de la máquina a la demandante. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

32. Leasing: valor residual. Inexistencia de simulación.—Dada la insistencia de la recurrente en que la escasa entidad económica del valor residual en el *leasing* conduce a otras distintas calificaciones del contrato, debe advertirse que, ya desde la S de 28 de noviembre de 1997, viene declarando esta Sala que la nimiedad del valor residual no es bastante para negar la calificación de arrendamiento financiero al contrato (SS de 26 de noviembre y 2 de diciembre de 1999 y 6 de marzo de 2001, entre otras). [...]

La simulación o causa falsa se ha considerado jurisprudencialmente —así SS de 23 de octubre 1989 y 20 octubre 1998— cuestión de hecho, siendo de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de instancia, debiendo ser mantenida en casación en tanto no sea desvirtuada por medio impugnatorio adecuado (SS de 6 de marzo y de 20 de noviembre de 1999), lo que no se ha producido en el presente caso, en que permanece incólume el pronunciamiento de la Audiencia en el sentido de que «no ha probado la Tesorería apelante que tras el contrato de arrendamiento financiero se intentase disimular una compraventa a plazos, y ha quedado acreditado suficientemente que la ejecutada *Transtamara S. L.* nunca adquirió el dominio del camión embargado, ni en el momento de celebración del contrato (pues no lo cedió la arrendadora), ni posteriormente, cuando recayó la sentencia firme de fecha 19 de septiembre de 1994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos, en los autos de Juicio de menor cuantía núm. 422/1993 (puesto que en el FJ 3.º de la citada resolución se dice claramente que, al no ejercitarse la acción resolutoria, pues se optó por exigir el cumplimiento del contrato a la arrendataria incumplidora, no se comprendía en la condena al pago de cantidad el importe previsto contractualmente como valor residual, al no haberse ejercitado en ningún momento la opción de compra)». No existe, pues, prueba alguna de simulación contractual y, en realidad, en la argumentación de la recurrente subyace el deseo de alterar la calificación del contrato en la instancia, tema ya tratado al examinar los motivos segundo y tercero. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Burgos se suscita juicio de menor cuantía sobre tercería de dominio promovido por *Pegaso Leasing, S. A.* contra la *Tesorería General de la Seguridad Social* y contra *Transtamara, S. L.* En la demanda se pide la declaración del dominio de *Pegaso Leasing, S. A.* sobre el camión objeto del embargo y el levantamiento de éste. La demanda se estima en todos sus pedimentos. La Audiencia Provincial de Burgos desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración. El recurso de casación planteado seguidamente corre la misma suerte. (R. G. S.)

33. Arrendamientos urbanos. Inactividad de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con la revisión de rentas: artículo 100 LAU 1964. Infracción del artículo 14 CE.—No puede hacerse ningún reproche de inconstitucionalidad al artículo 100 LAU, ni a la norma reglamentaria a la que éste se refiere. El citado precepto no admite una lectura constitucional que pase por suplir judicialmente la inactividad administrativa denunciada, ya que a los Jueces y Tribunales les corresponde la potestad jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 2.1 LOPJ). Por ello, no forma parte de esa potestad «sustituir» la potestad reglamentaria que el artículo 97 CE atribuye al Gobierno.

Control de la potestad reglamentaria. Orden jurisdiccional competente.—El control de la potestad reglamentaria corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, que es el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de la Administración sujeta al Derecho administrativo. (STS de 14 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1956 don M. T. V. arrendó a don N. B. Z. una finca urbana. Aunque la vivienda fue inicialmente de protección oficial, desde 1977 su régimen quedó subsumido en el artículo 100 LAU, en el particular relativo a que la renta y las cantidades asimiladas a ella de los arrendamientos que se encuentren en período de prórroga legal se adaptarán cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, «si las partes no hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización».

Sin embargo, desde 1956 la renta no sufrió ninguna variación debido a la omisión de reglamentación a la que se refiere el citado artículo 100, lo que generó, según el arrendador, una desigualdad de hecho entre la renta que se paga y la que, según el mismo, se debería pagar, provocando un enriquecimiento del arrendatario a costa suya.

Por ello, el arrendador, fallecido posteriormente y sucedido procesalmente por su esposa, entabló demanda de procedimiento incidental de derechos fundamentales de la Ley 62/1978 contra el arrendatario interesando, con fundamento en el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 CE, se declare su derecho a la igualdad en la relación arrendaticia que le vincula con el demandado y, en consecuencia, su derecho a actualizar la renta del citado arrendamiento de acuerdo con las previsiones del artículo 100 LAU (esto es, actualización bienal y conforme a las variaciones que haya experimentado el índice de precios al consumo, antes coste de la vida).

El Juzgado de Primera Instancia aprecia la excepción de falta de jurisdicción y no entra en el fondo del asunto. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, e impone las costas a la parte recurrente. (M. C. C. M.)

34. Arrendamientos rústicos históricos. Evolución legislativa en materia de pago de justiprecio que debe abonar el arrendatario por el acceso a la propiedad.—El artículo 98.1 LAR 83/1980, de 31 de diciembre, establecía una remisión a la LEF en materia de criterios de valoración. Mantiene el TS que dicha remisión no fue sustituida por los artículos 66 y ss. de la Ley 8/1990, de 25 de julio, aunque en su DD se estableciese que se derogan «en especial los preceptos sobre valoración de suelo contenidos en la legislación expropiatoria». El Alto Tribunal fundamenta su postura en el artículo 73 de la propia ley en el que se establece que «los criterios de valoración de suelo contenidos en la presente ley regirán cualquiera que sea la finalidad que motive la expropiación y la legislación urbanística o de otro carácter, que la legitime». El ámbito de aplicación del precepto reproducido estaría constituido por la expropiación forzosa, no encajando en esta figura el arrendamiento rústico y su derecho de acceso.

El criterio establecido por el artículo 98.1 LAR 83/1980 fue sustituido por el artículo 2.2 LARH 1/1992, de 10 de febrero.

Arrendamientos rústicos. Criterios temporales de aplicación de la LARH 1/1992, de 10 de febrero.—La aplicación de los criterios de valoración contenidos en dicha ley, en un proceso iniciado con anterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 11 de febrero de 1992, implica una aplicación retroactiva de la ley; en este tipo de casos deberá, pues, acudirse al criterio precedente, esto es, al reenvío del artículo 98 LAR 83/1980 a la LEF.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración por resoluciones contrapuestas.—Atentan al derecho a la tutela judicial efectiva aquellas resoluciones contrapuestas, sin razón alguna aparente que las avale, respecto de idénticas pretensiones.

Concepto y valor de la jurisprudencia.—La jurisprudencia es la doctrina que se mantiene en las sentencias del TS. Su función consiste en complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC) en el sentido esencial de conseguir unidad de criterio. No se trata, por el contrario, de fuente del derecho, pues ni crea normas, ni produce Derecho positivo, ni se halla entre las fuentes del derecho enumeradas en el artículo 1 CC. Añádase a ello el artículo 117 CE, en el que se configura al poder judicial como poder separado e independiente del poder legislativo. (STS de 20 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Diversos arrendatarios interpusieron demandas sobre derecho de adquisición forzosa de respectivas fincas rústicas contra A. G. de Ch. E. y *La Agrícola Segoviana, S. A.* Contra todas ellas, estimadas en primera y segunda instancia, interpuso A. G. de Ch. E. los correspondientes recursos de casación; todos ellos, salvo el resuelto por la STS de 27 de abril de 1999, fueron estimados. En concreto, mientras que en la sentencia citada se mantuvo que no era retroactiva la aplicación de una norma valorativa vigente al tiempo de hacer la valoración, pese a no ser todavía vigente cuando se inició el proceso (LARH 1/1992, de 10 de febrero), en el resto de pronunciamientos el TS consideró que se trataba de aplicación retroactiva, casando, pues, las sentencias de instancia que habían seguido la primera opinión.

A. G. de Ch. E. promovió recurso de amparo ante el TC en relación con la STS de 24 de abril de 1999, que el TC anuló, ordenando

retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia a fin de que se dictase una nueva resolución.

La STS de 20 de diciembre de 2001, dictada en cumplimiento de lo declarado por el TC, abandona el criterio seguido por la STS de 24 de abril de 1999, adoptando el fijado en el resto de las sentencias. (B. F. G.)

35. Responsabilidad decenal. Solidaridad.—Estamos ante una situación de responsabilidad solidaria aplicable a los supuestos edificativos, conforme a reiterada jurisprudencia interpretadora del artículo 1591 CC, que tiende a que la reparación de los daños sea efectiva. Los perjudicados sólo han de demostrar su existencia real y de ahí que puedan dirigir su demanda contra todos los agentes que han intervenido en la edificación, por lo que la condena que se pronuncia sobre quienes son los efectivos responsables, excluyendo a alguno de ellos, mantiene la solidaridad entre ellos, que deben pechar con la reparación de lo que resultó mal construido y, en su caso, con la indemnización subsidiaria correspondiente.

Persona o personas responsables.—La S de 27 de junio de 1994, que cita la de 17 de marzo de 1993, declara que no se trata de averiguar en el pleito quién o quiénes fueron los causantes de la ruina, sino si lo son o no los que han sido demandados, en aras del principio dispositivo, imperante en el proceso civil.

Responsabilidad por culpa.—Cualquiera de los demandados puede demostrar su diligencia y con ello su falta de culpa en la causación de los daños (S de 28 de diciembre de 1990), que de este modo queda atribuida a los que resultan los efectivos responsables.

Función de la solidaridad.—No se ha producido situación alguna de indefensión, pues lo que resulta decisivo a efectos de la responsabilidad solidaria, en el ámbito de la construcción, es que los daños efectivamente obtengan la reparación adecuada por quienes resulta acreditado son los responsables de su causación, a fin de otorgar tutela judicial efectiva a quienes no tienen que soportarlos por habérselos impuesto a consecuencia de un mal hacer edificativo, pues, de otro modo, se despojaría de contenido al artículo 1591 CC en cuanto a la eficacia y protección que otorga, actuando la solidaridad como instrumento jurídico adecuado para evitar que los responsables acreditados puedan eludir las obligaciones que le corresponden (S de 21 de marzo de 1996), y también resulta previsor el referido precepto en la protección de consumidores y usuarios.

Responsabilidad de los arquitectos técnicos.—Los arquitectos técnicos están obligados a ejercer un control directo y efectivo de la actividad constructiva. Puede concurrir su incumplimiento con la responsabilidad derivada de las deficiencias en el proyecto (SS de 5 de febrero de 1993 y 22 de septiembre de 1994), ya que entre sus funciones están las de efectuar las correcciones necesarias para evitar daños (S de 15 de mayo de 1995), en la procura del proceso constructivo bien hecho y seguro. No probaron los que recurren haber obrado con la diligencia que exigía su específica actividad profesional.

Compatibilidad con la responsabilidad del arquitecto.—Sentada la responsabilidad de los demandados, no la desvía y menos exonera la que pueda corresponder al arquitecto director de la obra, que también se incluyó en la condena solidaria, pues los hechos probados ponen de manifiesto la conjun-

ción de responsabilidades de dichos técnicos que intervinieron en el proceso edificativo, conformando responsabilidad solidaria, no susceptible de individualizaciones, en relación al unitario buen hacer constructivo, que establece el artículo 1591 CC y la interpretación jurisprudencial del mismo. La responsabilidad solidaria viene impuesta a los agentes que han contribuido a la producción de los daños y cabe en su espacio jurídico concurrencia de causas que se presentan eficientes en el resultado negativo instaurado (S de 10 de noviembre de 1999), que ha de ser repuesto a los perjudicados, actuando dicha responsabilidad impropia en beneficio de éstos con el fin de que los demandados, a los que se les ha acreditado mal hacer constructivo, no puedan eludir las obligaciones reparadoras consecuentes (SS de 31 de marzo, 24 de septiembre, 25 de octubre de 1996 y 25 de junio de 1999). (STS de 18 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Diversas personas interpusieron demanda contra las que habían intervenido en el proceso de edificación del inmueble propiedad de los primeros. Éste había padecido filtraciones de agua como consecuencia de las cuales hacía falta volver a pintar algunas partes y sustituir el yeso en otras. Los demandantes ejercitaron una pretensión para que se condenase a los demandados a reparar los defectos o, en su defecto, pagar el importe de las obras correspondientes, así como para exigir el pago de las costas judiciales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de L'Hospitalet de Llobregat estimó íntegramente su demanda en su sentencia de 23 de enero de 1995, pero uno de los demandados, que había intervenido en el proceso edificativo como promotor de la obra, recurrió en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, dictó sentencia el 15 de abril de 1996, en la que estimó íntegramente el recurso y anuló parcialmente la sentencia de instancia, pero confirmó la condena al resto de demandados, así como el pronunciamiento sobre costas. Estos otros demandados recurrieron la nueva sentencia en casación por entender que el hecho de liberar de responsabilidad al promotor incrementaba la de aquéllos. Para el TS, esto no comporta que la sentencia recurrida sea incongruente, dado que los demandantes habían solicitado que se condenase a los demandados por los defectos constructivos y lo que sucedía es que el promotor no era responsable de los mismos. Según el propio Tribunal, un recurrente en casación no puede solicitar que se condene a un codemandado que quedó absuelto. Estos argumentos, junto con la aplicación del artículo 1591 CC, llevan al TS a confirmar la sentencia recurrida.

NOTA.—El resultado del litigio habría sido seguramente distinto de haber sido aplicable al caso el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, puesto que éste impone al promotor una obligación legal de garantía de la buena construcción del inmueble (por todos, Antonio Cabanillas Sánchez, «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC*, 2000, pp. 405-510, p. 467) y le hace responder solidariamente *en todo caso* de cualquier vicio o defecto que el mismo presente. Esto refuerza la configuración del promotor como garante frente a terceros y hace irrelevante su efectiva contribución causal al vicio o defecto (en sentido parecido, Rafael González Tausz, «El

nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación», *RCDI*, 661, 2000, pp. 2691-2276, p. 2703). Al respecto puede verse el interesante contraste con el Derecho alemán en Florian Pagenkemper, *Die Mängelhaftung des Bauunternehmers in Spanien nach der Ley de Ordenación de la Edificación und dem Código civil*, Frankfurt am Main (etc.), Peter Lang, 2002, pp. 70-71. (A. R. G.)

36. Contrato de obra. Aumento de obra. Cálculo del aumento de precio.—La aplicación de un determinado margen de beneficio industrial no sólo se justifica por ser el usual en el ramo de la construcción, sino también porque había sido el aplicado en las certificaciones de obra abonadas hasta entonces por la demandada. El porcentaje del quince por ciento como margen usual de beneficio industrial, computable por tanto en defecto de otro debidamente acreditado, ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (SS de 17 de octubre de 1996 y 13 de mayo de 1993, que cita a su vez las de 22 de noviembre de 1974, 10 de marzo de 1979 y 13 de mayo de 1983).

Prueba del acuerdo.—La sentencia recurrida aplica al caso la jurisprudencia de esta Sala sobre casos similares a partir de una interpretación flexible del artículo 1593 CC adaptada a la realidad social y que por tanto atiende a la muy frecuente circunstancia de que, pese al inicial encargo de la obra por ajuste alzado, posteriores y sucesivos cambios acordados entre las mismas partes den lugar a que la obra finalmente ejecutada sea muy distinta de la inicialmente proyectada. A falta de constancia documental, la prueba de esos acuerdos suele venir constituida, en cuanto al contratista, por el hecho concluyente de la propia ejecución de obras no inicialmente proyectadas y, en cuanto al dueño de la obra, por la plena constancia para él de esas obras sin poner objeción alguna, conducta reveladora de consentimiento tácito a apreciar por los órganos de instancia como cuestión de hecho (SS de 28 de febrero de 1986, 31 de octubre de 1998, 26 de noviembre de 1999 y 18 de enero de 2000 entre otras muchas). La solución aplicada por el Tribunal de segunda instancia, reconociendo al contratista su derecho al mayor precio concretado pericialmente o por una diferencia de valor, se ajusta no sólo a la doctrina de las sentencias que ya se cuida de citar ese mismo Tribunal, sino también a la contenida en sentencias de esta Sala de fecha posterior a la impugnada (por ejemplo, SS de 10 de mayo de 1997, 6 de abril de 1999, 30 de junio, 17 de julio y 26 de septiembre de 2001, entre otras).

Representación.—La sentencia impugnada ha valorado como un elemento más de prueba, dotado esto sí de especial relevancia, el esquema de liquidación de la auditora acompañado con la demanda y ha contrastado su contenido con el informe del perito auditor acordado para mejor proveer, lo que revela que su dimensión en la sentencia tiene que ver estrictamente con lo probatorio y no con ninguna representación de la demandada presuntamente atribuida por el Tribunal de instancia a la entidad auditora.

Mora. In illiquidis non fit mora.—Si bien es cierto que después de dictarse la sentencia recurrida esta Sala ha seguido aplicando en alguna ocasión el principio de *in illiquidis non fit mora* recogido en el artículo 1100 CC (así, SS de 18 de abril de 1997, precisamente en un caso de contrato de obra por ajuste alzado, 19 de abril de 1999 y 4 de julio de 2001), no lo es menos que la nueva línea jurisprudencial seguida por la sentencia recurrida se ha

impuesto con carácter general plasmándose en las SS de 2 de abril, 26 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 1997, 21 de diciembre de 1998, 22 de octubre de 1997, 12 de julio, 30 de julio, 11 de noviembre, 27 de noviembre y 29 de noviembre de 1999, 13 de abril y 8 de noviembre de 2000 y 10 de abril de 2001, sin descartarse desde luego su aplicabilidad a los litigios sobre liquidación pendiente del precio de obra ejecutada (S de 25 de febrero de 2000), por lo que su aplicación en este caso ha de entenderse ajustada a la jurisprudencia en cuanto la alternativa de fijar como fecha inicial de devengo de los intereses la de la propia sentencia de apelación rompería el principio de justo equilibrio de las prestaciones. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La empresa *Ingeniería y Diseño Muñiz, S. A.* celebró con la asociación *Orígenes, arte y cultura en Asturias, Siglos VII al XV* un contrato en virtud del cual la primera se obligaba a realizar las obras de montaje, desmontaje y manutención de una exposición fotográfica sobre un tema de carácter histórico, organizada por la segunda entidad. Según parece, los comisarios de la exposición habían supervisado el proceso de montaje, y la obra había superado la inicialmente proyectada en más de un diez por ciento. La asociación aprovechó además la estructura una vez montada, pese a lo cual se negó a pagar a la otra parte las cantidades correspondientes a las obras ejecutadas y los gastos de transporte. Ante este hecho, *Ingeniería y Diseño Muñiz, S. A.* resolvió el contrato e interpuso una demanda frente a la otra parte en la que solicitaba que le pagase una cantidad de dinero en concepto de transporte, los gastos, los beneficios dejados de obtener a causa de la resolución del contrato, así como una indemnización por daños derivados de la misma, además de los intereses legales correspondientes (en total, más de ciento dieciséis millones de pesetas). El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Oviedo estimó en parte la demanda y condenó a la asociación a pagar una cantidad de unos nueve millones pesetas, correspondiente a los gastos suplidos por la demandante. Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, dictó sentencia el 11 de junio de 1996, en la que estimó en parte el recurso de la demandante y desestimó el de la demandada. De resultados de ello, ésta debía pagar a la primera una suma de algo más de setenta y dos millones pesetas. La demandada recurrió en casación. De la exposición de la sentencia se desprende que las diferencias entre las partes derivan en realidad del hecho de que la asociación se opone a abonar a la otra parte el aumento de obra. A este respecto, el TS aprueba la postura de la sentencia recurrida, que entiende que la asociación consintió dicho aumento de forma tácita, por conocer su ejecución y no oponerse al mismo. Al mismo tiempo, considera que el parámetro utilizado por la sentencia recurrida para calcular el nuevo precio es ajustado, en los términos expuestos anteriormente. Por ello, el TS entiende que el recurso no ha lugar. (A. R. G.)

37. Contrato de préstamo hipotecario: causa.—La frustración de la causa impulsiva (subjetiva) de un contrato conlleva también, según el TS, la frustración de la causa objetiva propia en el caso del contrato de préstamo. En este sentido, el TS considera como causa subjetiva la existencia de una relación laboral entre el prestatario y el banco prestamista.

Contrato de préstamo hipotecario: interpretación.—No podrá considerarse vulnerado el artículo 1256 CC cuando la extinción de la relación laboral existente entre los contratantes (causa subjetiva) se produzca por un despido improcedente y exista un acuerdo entre ellos sobre el pago de la pertinente indemnización, ya que en este supuesto la extinción de la relación laboral es fruto del consenso y no del arbitrio de una sola parte (despido ilícito). En este caso debe acudirse en primer lugar a lo pactado para este supuesto (art. 1255 CC). La interpretación de dichos pactos, en virtud del artículo 1281 y ss. CC, deberá ser literal cuando sus términos sean claros y no dejen dudas sobre la voluntad de las partes. (STS de 24 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don C. P. V. interpone demanda contra *Banco Morgan G. T. C. of New York* sobre reclamación de cantidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declarando la inaplicación del vencimiento anticipado del préstamo y manteniendo el plazo de amortización y el tipo de interés pactado con el demandante antes de la cesación de la relación laboral con el demandado. Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria demandada, la Audiencia Provincial lo estima, revocando la resolución recurrida y absolviendo a dicha entidad de los pedimentos contenidos contra ella. El TS desestima el recurso, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial e impone las costas del recurso a la parte recurrente. (S. E. M.)

38. Fianza. El fiador deviene acreedor del deudor afianzado desde el momento del pago.—El motivo tercero acusa infracción del artículo 1822 CC, por cuanto la parte recurrente sostiene que hasta que los fiadores no pagaron la deuda afianzada no eran acreedores. La relación de fianza no es más que generadora de una obligación de pagar por el deudor cuando éste no lo haga. No existía con anterioridad al vencimiento del crédito una indiscutible realidad crediticia que comportara su exigibilidad. En cambio, la sentencia recurrida mantiene que desde el momento de concertarse la póliza de crédito entre la *Caja Rural* en 1984 como prestamista y los demandados como prestatarios, afianzando el cumplimiento los fiadores, los deudores de la devolución quedan ya obligados con éstos. El motivo se estima, pues hasta el momento del pago el fiador no es acreedor del deudor afianzado. Durante la vigencia de la fianza sólo posee aquél la facultad de pedirle que le releve de la fianza o le otorgue una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y de los peligros de insolvencia del deudor (art. 1843 CC). Efectuado el pago por el fiador desde diciembre de 1989 y fechas sucesivas hasta 1994, no es acreedor del deudor con anterioridad. La fianza solidaria con él (que es la del caso de autos) le convierte en deudor en el mismo plano que el afianzado, pero frente al acreedor, no entre sí (arts. 1852 y 1144).

La subrogación del fiador se produce con el pago.—El motivo cuarto acusa infracción del artículo 1839 en relación con el artículo 1210.3.º, todos del Código civil. En su fundamentación se sostiene que la subrogación del fiador se produce cuando ha pagado, no antes, no siendo acreedor del deudor sino desde entonces. El motivo se estima porque efectivamente la interpretación que hacen los recurrentes del artículo 1839 es la correcta, no así la de la Audiencia, para la que la subrogación convierte al fiador en acreedor desde la fecha de constitución de la deuda avalada. Antes del pago obviamente no hay subrogación de ningún tipo.

Acción rescisoria por fraude de acreedores. Momento de su ejercicio por el fiador subrogado.—Una vez producida la subrogación, adquiere el fiador la cualidad de acreedor del deudor, por lo que es a partir de ese momento cuando podrá ejercitar la acción rescisoria de enajenaciones fraudulentas, porque es precisamente entonces, no antes, cuando pueden tener tal carácter. Así las cosas, los demandantes carecen de legitimación para interponer la acción rescisoria de los contratos celebrados por los deudores entre 1985 a 1987 por fraude de acreedores, pues la cualidad de acreedores de los demandados no nace, por lo menos, hasta que no comienzan a pagar por ellos (diciembre de 1989).

Ciertamente que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido la rescisión de los actos dispositivos por fraude de acreedores realizados con anterioridad al nacimiento del crédito cuando tienen por objeto el procurarse una futura insolvencia, pero ello requiere que se realicen cercanamente a aquel nacimiento (SS de 28 de mayo y 28 de noviembre 1997, 31 de mayo de 1991 y 16 de junio de 1999, entre otras). En el caso litigioso no constan acreditadas estas circunstancias, o sea, que en 1985, 1986 y 1987 se previese que los fiadores pagarían dos años después, ni mucho menos que los deudores se quedarían insolventes, pues la prueba ha revelado que se han pagado parte de sus múltiples deudas, y que la *Caja* afianzada estuvo recibiendo dinero de los deudores para satisfacer su deuda con ella durante más de dos años.

Carácter subsidiario. Incidencia de la venta en garantía (*fiducia cum creditore*).—Aunque hipotéticamente tuviesen legitimación, no podría prosperar la rescisión porque no se ha demostrado la insolvencia de los deudores (arts. 1294 y 1111). Los mismos siguen siendo propietarios de los bienes que enajenaron a *Exager, S. A.* de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió, y si no pagan a su vencimiento esa empresa habrá de ejecutar esos bienes como cualquier acreedor. De lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio (S de 26 de abril de 2001 y las que cita). Los actores han enfocado muy simplemente el tema de las relaciones entre deudores (prestatarios) y *Exager, S. A.* (prestamista), pues lo han considerado como una enajenación ficticia, cuando está probado en autos que hubo un préstamo efectivo y que para garantizarlo se acudió a la enajenación con finalidad de garantía, que la jurisprudencia de esta Sala ha admitido con limitaciones, entre ellas la de la observancia de la prohibición del pacto comisorio. Ello indica que seguían teniendo bienes para responder de sus deudas, no se encontraban en estado de insolvencia, por lo que no se da la necesaria subsidiariedad que requiere el artículo 1294 CC para que prospere la acción rescisoria. (STS de 5 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—S. A. A. y E. M. R. concluyeron un contrato de fianza con U. A. A. y E. A. V., en cuya virtud aquéllos se obligaron a pagar la

cantidad de 16.851.498 pesetas y los intereses legales devengados a la entidad acreedora *Caja Rural* en el caso de no hacerlo U. A. A. y E. A. V. Éstos eran deudores de esa cantidad por haber suscrito un préstamo con la caja de ahorros con fecha 29 de julio de 1986. Impagado el préstamo, los fiadores S. A. A. y E. M. R. entregaron las cantidades adeudadas a *Caja Rural* en diciembre de 1989, a requerimiento de esa entidad. Posteriormente éstos interpusieron demanda en la que reclamaron a los deudores U. A. A. y E. A. V. el pago de las cantidades afianzadas, así como la rescisión de distintos contratos celebrados por los mismos entre 1985 y 1987 con el objeto de enajenar casi todos sus bienes a favor de parientes, por fraude de acreedores. Aunque el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar las sumas reclamadas, los fiadores demandantes S. A. A. y E. M. R. recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial estimó su recurso y declaró la rescisión de aquellos contratos, incluida una venta en garantía de un préstamo otorgado por la empresa *Exager, S. A.* a favor de los deudores U. A. A. y E. A. V. No obstante, el TS estima los recursos de casación interpuestos por estos últimos y la empresa *Exager, S. A.*, casa la sentencia de la Audiencia Provincial y confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*J. M. B. S.*)

39. Culpa extracontractual: daños en piscifactoría por elevación de temperatura de aguas de un río para refrigerar central nuclear.—La causa determinante de la mortandad de truchas que afectó a la piscifactoría, propiedad de la parte actora, sobre todo en el período junio-julio de 1993, vino a ser básicamente la utilización del río Tajo para refrigerar la central nuclear propiedad de la demandada, lo que ocasionó por sí un aumento de la temperatura de las aguas, seis grados aproximadamente por encima del límite autorizado de los 30 °C, lo que actuó como determinante decisivo para ocasionar la mortandad masiva de las truchas que se producían en las instalaciones de la actora, sin que dicho aumento de la temperatura se hubiese justificado por causas naturales, sino que fue debido a la conducta industrial agresiva de la empresa eléctrica demandada, titular de la central, que no obtuvo autorización para rebasar el límite referido, e incumplió la previsión impuesta en la concesión de construir una torre de refrigeración, aunque la instaló después de los hechos. De este modo, establecido el origen del daño de modo bien precisado, la relación causal con el resultado producido no se presenta como juicio probabilístico, sino cierto, con base en el material probatorio, que los juzgadores de instancia han interpretado con la debida racionalidad y lógica.

Responsabilidad cuasi-objetiva: determinación de la causa del daño.—Cabe decir, en general, que la causa ha de ser adecuada, y estar integrado de efectividad suficiente el acto que la pone de manifiesto, para que del mismo se derive como consecuencia necesaria el resultado dañoso producido, sin dejar de lado que, en este caso, las centrales nucleares representan por sí mismas un riesgo notorio que impone adoptar todas las medidas, incluso sobrepasando las reglamentarias, para evitar que su funcionamiento resulte negativo a las personas o a las cosas, lo que ya de principio, y teóricamente, así se presenta y resulta previsible, por lo que, ocasionado el daño, la intensidad del grave riesgo instaurado actúa en línea de cuasi-objetivización, confor-

me a la doctrina actual de esta Sala, lo que impone a quien resulta responsable justificar que en el ejercicio de la actividad, aun contando con las autorizaciones administrativas pertinentes, obró con toda diligencia a su alcance, e, incluso, que extremó las medidas, lo que bien pudo conducir en este caso a una decisión de disminuir la producción o controlarla debidamente ante una grave catástrofe ecológica, pues en estos casos no cabe hablar de excesos en la previsión, sino más bien de necesidades imperiosas.

Concurrencia de culpas: riesgos internos de la piscifactoría: irrelevancia.—Con base en la declaración que hace la sentencia de instancia según la cual, partiendo de la idoneidad de las aguas del río Tajo para la cría de la trucha Arco Iris, se podrían plantear algunos riesgos, susceptibles de ser atenuados utilizando las técnicas de acuicultura adecuadas, como el sistema de inyección de oxígeno, del que, efectivamente, estaba provisto la piscifactoría, se argumenta sobre la posible concurrencia de culpas que permitiría moderar la cuantía de la indemnización. Pero se trataría de riesgos internos, de los que nada se probó hubieran incidido en el estrago causado, cuando ha quedado perfectamente identificada la causa del mismo. Resulta irrelevante el reproche en cuanto al volumen excesivo de las truchas que se criaban en el establecimiento, careciendo de toda base probatoria que ello incidiera en la masiva mortandad ocasionada.

Cuantía del daño.—En un caso como el presente no resulta fácil la evaluación exacta de los daños, y ha de estarse a las aportaciones periciales para alcanzar una decisión al respecto, lo que llevó a cabo el Juzgado de Primera Instancia y asumió la Audiencia Provincial, sin que incurrieran en una actuación arbitraria, al tratarse de daños ocasionados con constancia real y que resultaron debidamente demostrados.

Límites de las concesiones administrativas existentes: abuso de derecho.—Se trata, efectivamente, de derechos derivados de sendas concesiones administrativas (la central nuclear, por un lado, y la piscifactoría, por el otro) coexistentes y compatibles, que deben ser utilizados dentro de los límites administrativos impuestos y con el adecuado uso racional de los mismos, sin interferir con daños los derechos de uno en los del otro, que es lo que aquí ha ocurrido, pues la recurrente llevó a cabo una actuación culposa, y por el mero hecho de resultar concesionario preexistente nada le autorizaba a hacer un uso dañoso de la concesión, que resultó abusivo, dado los resultados negativos que ocasionó. En supuestos similares la jurisprudencia así lo ha entendido; la STS de 25 de marzo de 1995 acoge los daños en piscifactoría por consecuencia de operaciones de fumigación; la STS de 22 de mayo de 1995 se refiere a un caso de mortandad de huevos embrionarios y alevines de trucha por vertidos de escombrera de tierras arcillosas y gravas; la STS de 26 de enero de 1996 declara culpa ecológica por caída de cable eléctrico en piscifactoría, y la STS de 23 de julio de 1999 refiere el supuesto de causación de daño por la acción de una pala removedora, que ocasionó desprendimientos de tierras, con alto porcentaje de materias bituminosas y arcillosas, que alcanzaron la piscifactoría, con la muerte de gran número de truchas. (STS de 16 de enero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Villagómez Rodil) que muestra paladinamente la sobreexplotación a que están sometidos, al parecer, algunos de los grandes ríos españoles. Cabría

preguntarse además: ¿es prudente ubicar una piscifactoría en las proximidades de una central nuclear? Adviértase que, propiamente, la causa eficiente de los daños no está directamente constituída por la energía radioactiva (que provocaría, en tal supuesto, la aplicación de la Ley sobre daños nucleares), sino de un caso general de culpa extracontractual, aunque hay íntimas implicaciones con aquélla, que la prueba ha desvelado. La refrigeración de la central nuclear produce el notable calentamiento de las aguas del Tajo, superando notablemente los 30 °C permitidos, y tal elevación de temperatura origina la mortandad masiva de la población truchera de la piscifactoría, empresa que se sirve igualmente de las aguas del mismo río. Se trata, sin duda, de un acto ilícito civil, subsumible en el artículo 1902 CC, aunque la sentencia no ahorra calificativos peyorativos: *catástrofe ecológica, actuación agresiva de la empresa, abuso de derecho*, y llega a hablar de una *responsabilidad cuasi-objetiva*. También cabría interrogarse por otros daños que probablemente se originaron, además de los reclamados, sobre los terrenos y propiedades colindantes e, incluso, sobre las personas, que, sin embargo, no fueron objeto de reclamación (por ejemplo, si se efectuaron riegos con esas aguas a tales temperaturas, o si se ocasionaron quemaduras u otras consecuencias dañosas a quienes se bañaron en ellas). (G. G. C.)

40. Culpa extracontractual: muerte de conductor de camión al volcar por ceder la cubierta de hormigón de una acequia: responsabilidad de la comunidad de regantes y de la confederación hidrográfica: competencia civil: derecho transitorio: doctrina general.—Denunciado el exceso de jurisdicción, y sin entrar en su estudio jurisprudencial o doctrinal que no es propio de una resolución, y sin dejar de reconocer que no hay la unidad de criterio que sería deseable, procede declarar la competencia de la jurisdicción civil porque el hecho sucedió en agosto de 1992, antes de la entrada en vigor de la Ley de 1992, por lo que se debe aplicar la normativa anterior comprendida sustancialmente en los artículos 40 y 41 de la Ley de 1957; además, la producción de un daño a tercero pertenece a las relaciones de derecho privado, siendo competente la jurisdicción civil, con invocación del artículo 1902 CC, y no se trata de un acto sujeto al derecho público ejercido con *ius imperium*, sino de reparar el daño derivado de la romana *Lex Aquilia*, norma de derecho privado. Asimismo, por razón de la *vis atractiva*, cuando se dirige la acción contra personas físicas y jurídicas particulares, con personalidad jurídica de derecho civil y contra entidades de derecho público, la jurisdicción competente es la civil, ya que nunca la jurisdicción administrativa podría aplicar el artículo 1902 CC a una persona de derecho privado; el desdoblamiento de órdenes jurisdiccionales distintos supondría quebrar la continencia de la causa y el riesgo de dar lugar a resoluciones distintas, e incluso opuestas. A mayor abundamiento esta Sala ha aplicado con mucha reiteración la doctrina del peregrinaje de jurisdicciones, que hay que evitar a fin de no quebrar el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que consagra el artículo 24 CE, que se produciría de estimar la excepción de exceso de jurisdicción.

Litisconsorcio pasivo necesario.—No se admite cuando los demandados están relacionados entre sí por el vínculo de solidaridad, y la jurisprudencia

siempre la ha mantenido en caso de acción aquiliana del artículo 1902 CC, de modo que no se pueden oponer ni apreciar situaciones litisconsorciales necesarias cuando se demanda a varios sujetos solidariamente responsables por el ilícito culposo.

Conducta culposa de la confederación hidrográfica.—Consiste en no adoptar u omitir las precauciones debidas y exigibles para evitar la producción del siniestro, al no advertir el grave peligro que para la circulación rodada suponía el hecho de que la cubierta de hormigón del canal sólo soportase el peso de personas, lo cual constituye una conducta omisiva que, con nexo causal, ha producido el daño. (STS de 5 de mayo de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—En teoría la muerte del conductor del camión podía haberse configurado como un accidente de trabajo, en cuyo caso hubiera podido plantearse la competencia de la jurisdicción laboral, pero la demanda contra la empresa fue desestimada en la instancia y se aquietó la parte actora; también pudo calificarse de accidente de circulación (con cierto apoyo textual, pues la sentencia habla del *grave peligro para la circulación rodada*), en cuyo caso se planteaba el tema de si una acequia cubierta podía considerarse vía pública, a efectos de la Ley de la circulación de vehículos de motor, pero la parte actora prescindió de este enfoque. Por último, la vía procesal utilizada ha sido la de demandar a la confederación hidrográfica que tenía a su cargo la conservación de la acequia en cuestión, no realizando las obras de reparación, omitiendo además el prohibir adecuadamente la circulación por el lugar indicado. Era inevitable la alegación de incompetencia de jurisdicción civil a favor de la contencioso-administrativa, pero el TS la rechaza, acumulando todos los argumentos que en la doctrina jurisprudencial se han consolidado mayoritariamente en los últimos años. No obstante, adviértase que esta doctrina sólo posee valor transitorio. (G. G. C.)

41. Culpa extracontractual: accidente laboral con secuela de gran invalidez: manipulación de encofrado metálico por medio de grúa: descarga de tendido eléctrico por proximidad: competencia jurisdicción civil.—La argumentación del motivo que alega competencia del orden laboral se apoya principalmente en la doctrina de la Sala de lo Social del TS, que no es aplicable al supuesto del debate, y en el criterio mantenido en dos Autos de la Sala de Conflictos del TS, cuyas resoluciones no crean doctrina jurisprudencial; lo acontecido fue la plasmación de un resultado dañoso a causa de un hecho realizado en los quehaceres laborales, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter residual y extensivo, pues en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 CC, doctrina de esta Sala ya reiterada y de ociosa cita.

Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo con pluralidad de sujetos, y la consiguiente factibilidad de que el perjudicado pueda deducir demanda contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar el daño causado, conforme al artículo 1144 CC, lo cual descarta la posibi-

lidad de apreciar una situación de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual.

Prescripción: *dies a quo*.—El plazo de prescripción de la acción entablada comienza en la fecha de la determinación invalidante de las secuelas de las lesiones y de los efectos económicos de las mismas, y en este caso su fijación tuvo lugar mediante la resolución que le comunica el grado de gran invalidez, que hubo de hacerse a partir del 30 de agosto de 1991, dada la fecha que se detalla en el registro de salida de la comunicación, y como la demanda fue presentada el 29 de agosto de 1992 no cabe duda que fue deducida en tiempo hábil.

Negligencia de la empresa.—En el momento del accidente no estaba señalizada adecuadamente la ubicación de la línea de tendido eléctrico, y tampoco se adoptaron las medidas de seguridad para las tareas laborales a realizar, ni estaba presente el jefe de obra en el lugar para controlar y vigilar la maniobra, todo lo cual competía a la empresa que realizaba la obra, sin perjuicio de la responsabilidad del subcontratista; se evidencia la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC, comportamiento culposo de la empresa suficientemente acreditado, al igual que el daño ocasionado y la presencia del nexo causal, a partir de la valoración de que, en este caso, el acto antecedente tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive el efecto dañoso producido, de modo que al aparecer conductas diversas que constituyen causas eficientes parciales y simultáneas en la producción del evento lesivo los respectivos agentes responden solidariamente de su reparación.

Compensación por cantidades percibidas por el lesionado: cuestión nueva.—Se alega la compensación por las cantidades percibidas por el lesionado en virtud de póliza que cubre riesgos de invalidez, y que según el convenio colectivo pueden deducirse de las indemnizaciones declaradas por los Tribunales. Ha de tenerse en cuenta que como fundamento de un motivo de casación civil no cabe invocar la infracción de normas laborales; amén de que esta cuestión no fue suscitada en segunda instancia, por lo cual tiene la consideración de cuestión nueva; sin perjuicio de hacerla valer en el ámbito que corresponda. (STS de 4 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—En la sentencia extractada se hace expresa referencia al incumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, lo que según anterior jurisprudencia de la Sala 1.^a, recaída después de los Autos de la Sala de Conflictos, excluía contundentemente la competencia civil. Cfr. mi anotación en ADC, 2000, pp. 775-778. (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: negligencia de la empresa: prueba: concurso de culpas: medios inadecuados.—El accidente mortal se produce cuando el brazo de una retro-excavadora, haciendo función de grúa para alzar del suelo y depositar en una zanja un tubo de cemento de 3.500 kilogramos aproximados de peso, y 2,50 metros de longitud, el cual al oscilar alcanzó a la víctima cuando ésta se acercó al tubo en suspensión para comprobar que su enganche era correcto. Ha de rechazar la apreciación de la sentencia recurrida que considera el caso de culpa exclusiva de la víctima, al dar por supuesto, sin previa prueba, el adiestramiento del operario para el indicado cometido. Por el contrario, del informe de la Inspección de Trabajo se deduce que el método utilizado no era de uso nor-

mal, y que para el futuro la empresa ha de adoptar determinadas medidas para evitar un riesgo extremo e innecesario. De las lesiones recibidas por la víctima a causa del cabeceo del tubo al ser izado –consistentes en la rotura de las dos caderas–, se deduce un excesivo celo del obrero cuando el izado apenas había sido iniciado, determinándose en la proporción de dos tercios a un tercio la responsabilidad compartida de la empresa y del obrero.

Responsabilidad de la empresa ejecutora de la obra y del encargado de la misma.—Se establece la responsabilidad de la empresa debido a lo extraño, raquítico e incompleto de los medios para la realización de la obra, debiendo atribuirse a cicatería consciente, como pone de relieve el informe de la Inspección de Trabajo; hay responsabilidad solidaria que comparte el encargado de que dicho trabajo, pese a todo, fuera realizado, estableciendo la suma única de veinte millones de pesetas en lo que permite estimar parcialmente la reclamación inicial de treinta millones. (STS de 13 diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Un típico supuesto de accidente laboral por omisión de medidas de seguridad, en el que, sin embargo, no se plantea, ni se discute, la incompetencia de la jurisdicción civil para deferirla a la social. Notable esfuerzo argumental el desarrollado en esta sentencia, pues la demanda había sido rechazada en ambas instancias con base en la culpa exclusiva de la víctima; para la estimación del recurso, sirve de fundamento un cuidado informe de la Inspección de Trabajo, siendo de notar que en la sentencia extractada el hecho parece calificarse de mera responsabilidad culposa, sin fundarse en la responsabilidad por riesgo que invocaba el recurso. Un caso reciente de accidente laboral atribuido a la jurisdicción civil se resolvió por la STS de 10 de abril de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, p. 470), mientras que fue deferido a la jurisdicción social el caso resuelto por la STS de 11 de febrero de 2000 (extractada en *ADC*, 2001, p. 1297) (Pte.: Vázquez Sandes). (*G. G. C.*)

43. Culpa extracontractual. Accidente de trabajo con resultado de muerte: ausencia de medidas de seguridad: concurrencia de culpas.—El exceso de confianza del trabajador no borra ni elimina la culpa o negligencia de la empresa y sus encargados cuando faltan al deber objetivo de cuidado consistente en que el trabajo se desarrolle en condiciones que no propicien esos resultados lesivos; deber objetivo incumplido en este caso no sólo porque la indebida forma en que se remediaba la frecuente paralización de la cinta transportadora era algo habitual en la vida diaria de la empresa, redundando evidentemente en provecho de una mayor producción y por tanto en beneficio de ésta, y sin embargo nada se hizo en su seno para ponerle freno pese al indudable riesgo que entrañaba, sino también por la oportunidad de colocar un interruptor de paro al alcance del trabajador que, en un momento dado, se dedicase a remediar la paralización de la cinta, con el que habría disminuido el riesgo de resultados dañosos como el producido. El porcentaje de contribución de la propia víctima al daño pertenece al ámbito del tribunal de instancia, y no puede ser revisado en casación.

Responsabilidad del gerente de la empresa: la presunción de inocencia no opera, en general, en los procesos civiles: compatibilidad con la

responsabilidad de la empresa.—No cabe argumentar que el gerente era un empleado más, dado que el trabajo y la producción de la empresa eran planificados y vigilados por aquél en cuanto tal, dando órdenes directas a los obreros y presionándoles para obtener mayor actividad, ostentando poderes de la empresa. La presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 CE no es, por regla general, aplicable en el ámbito del proceso civil, siendo doctrina del TC y de la Sala 1.ª del TS que no opera en los procesos civiles sobre culpa extracontractual. La compatibilidad entre la responsabilidad de la empresa con la de alguno de sus empleados se ha declarado, entre otras, en SSTS 12 de junio de 2000, 20 de septiembre de 2000, 2 de julio de 2001 y 13 de diciembre de 2001.

Prescripción de la acción: *dies a quo*.—La omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal, y la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados en el sentido de que la acción civil se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la producción del daño o a la terminación de las actuaciones penales. Ha declarado el TC que el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; y que el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles. (STS de 21 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Notable sentencia por la minuciosidad con que se recoge el *factum*: la víctima, de treinta y dos años de edad, prestaba sus servicios para la vinialcoholera demandada, cuyo trabajo y producción estaban planificados y vigilados, tanto por el gerente de la empresa como por el encargado general de la misma, a quienes compete guardar y hacer cumplir la reglamentación que regula las obligaciones y cuidados sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo. El 19 de julio de 1991, sobre las 14:30 horas, el citado operario tenía a su cargo, entre otros cometidos, vigilar y cuidar el funcionamiento de la máquina y cinta transportadora que trasladaba la casca al secadero, y al advertir, como sucedía con bastante frecuencia, que la cinta se había atascado, bajó al foso donde se encontraba el rodillo motriz que movía el sistema, y que carecía de protección, y sin desconectar el interruptor de corriente que se hallaba situado en nivel y lugar distinto, y a bastante distancia del foso, tal como con anterioridad se había hecho en numerosas ocasiones y utilizando una barra, lo que era conocido y tolerado por sus principales, en circunstancias no muy determinadas, pues el obrero no estaba acompañado por ningún compañero que le pudiera auxiliar, intentó reparar la avería, pero fue atrapado por los engranajes de la máquina, quedando enganchado por el brazo, lo que le produjo tan graves lesiones, que falleció en el acto.

La lectura de estos hechos no puede menos de evocar esa tradicional *chupuza nacional* que parecía desterrada, pero sigue practicándose en todos los niveles, para sonrojo de quienes creemos en la europeización de nuestros hábitos sociales. La demanda invoca los artículos 1902 y 1903 CC, pero el telón de fondo es el incumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo. La competencia civil aparece dudosa, aunque nadie la impugnó, no obstante ser de orden

público (cfr. mi extensa anotación sobre el tema en *ADC*, 2000, pp. 775-778; la doctrina consolidada requiere, para atribuir la competencia a la jurisdicción civil, que el accidente no se deba a incumplimiento de las medidas de seguridad, requisito que, en este caso, no se cumple). Sorprende, un tanto, además, la declaración de concurso de culpas. ¿No cabría sostener que la víctima no era plenamente libre a la hora de comportarse, como lo hizo, en relación con la detención de la cinta transportadora? El exceso de confianza en el trato con la maquinaria parece, más bien, *acto debido* en aras a los apremios de la dirección, de no perder tiempo en la reparación de las interrupciones de aquella. (G. G. C.)

44. Culpa extracontractual: lesiones de escolar menor de edad durante recreo en colegio público: responsabilidad del Ayuntamiento. Competencia civil: derecho transitorio.—El presente recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía seguido en virtud de dos demandas acumuladas del mismo actor contra un Ayuntamiento, y la directora de un colegio público, en solicitud de indemnización por las lesiones y secuelas sufridas por un niño de diez años de edad, alumno de dicho colegio, al caerse desde un tejadillo que estaba situado a considerable altura del suelo, y al que, sin embargo, era fácil encaramarse desde la terraza habitualmente utilizada como patio de recreo por los niños de 1.º y 2.º de EGB. La sentencia de instancia constata que la demanda contra la directora únicamente persigue la llamada al proceso de un particular que justifique el rechazo de la excepción dilatoria de falta de competencia objetiva argumentada por el Ayuntamiento; pero esta conducta se compensa con la del recurrente que hace revivir en casación una excepción con cuya desestimación en primera instancia se aquietó, y, además, es doctrina jurisprudencial que el conocimiento de la demanda pertenece a la jurisdicción civil cuando el hecho ocurrió y la demanda se interpuso antes de entrar en vigor la Ley de 1992 (SSTS de 22 de diciembre de 1999, 29 de junio de 2000 y 7 de marzo de 2001).

Inaplicación de la doctrina de los actos propios.—El hecho de que el niño siguiera acudiendo al mismo colegio después del accidente no implica una renuncia a la acción, ni cabe aplicar la doctrina de los actos propios.

Negligencia del Ayuntamiento.—Es evidente, dada la peligrosa configuración de la terraza habitualmente utilizada como patio de recreo, que evidencia la absoluta desatención del Ayuntamiento a la escuela.

Defectos del recurso.—Se denuncia incongruencia de la sentencia al estimar concurrencia de culpas en la fundamentación jurídica, y no aplicarla al fallo; sin embargo, no se cita como infringido precepto alguno, lo que es causa de inadmisión, y ahora de desestimación; debe recordarse que el formalismo del recurso de casación no es incompatible, ni con el artículo 24 CE, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni con el Convenio de Roma de 1950, según S de 19 de diciembre de 1997 del TDHE. (STS de 14 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Parece evidente que el niño lesionado concurrió con su conducta a la causación del daño que sufrió al encaramarse a un tejadillo de considerable altura que daba a la terraza en donde tenía lugar el recreo de los escolares; mientras el Juzgado de Primera Ins-

tancia desestimó la reclamación del padre, la Audiencia Provincial la estimó parcialmente reduciéndola a su mitad. Sin embargo, el recurso estaba mal fundamentado en lo relativo a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y, por ello, era correcto desestimar el motivo por falta de fundamentación jurídica. En todo caso, supuesta la competencia civil, la mayor cuota de responsabilidad recae indudablemente sobre el Ayuntamiento, responsable del mantenimiento del centro escolar. La partida del mantenimiento de los centros escolares públicos constituye actualmente un importe nada desdeñable en el presupuesto de los Ayuntamientos; en el presente caso, se trata de una populosa ciudad, lo que, sin duda, repercute en el número de centros a su cargo. Por lo demás, parece evidente que a los niños de diez años no se les puede *tentar* todos los días con una *emocionante escalada* hacia lo más alto. Al absolverse a la directora se da por supuesto que el personal docente cumplió con sus deberes de vigilancia. (G. G. C.)

45. Culpa extracontractual. Lesiones causadas en tiempo de recreo. Pérdida de un ojo causada por niña de cinco años a otra compañera en juegos no peligrosos: no responden sus padres que han delegado en el centro docente sus obligaciones: caso fortuito.—Los padres de la niña de cinco años que dejó soltar el extremo de la comba, que impactó en el ojo de su compañera, originando la pérdida de la visión del mismo, no responden de los daños causados porque en el momento de producirse el accidente la niña no estaba bajo su guarda, y el artículo 1903 CC no implica una responsabilidad objetiva o por riesgo. Además no se aprecia culpa de las menores, pues las lesiones se producen cuando las niñas jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua, y de general práctica entre las niñas de esa edad, de modo que el hecho dañoso se debió a un fatal accidente, si se tiene en cuenta que el juego era practicado en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora; en consecuencia, a los padres en forma alguna se les puede imputar una actitud omisiva culposa que determinaría la aplicación del artículo 1903 CC.

Responsabilidad del colegio privado.—No se puede atribuir a la dirección del centro una responsabilidad culposa omisiva, ya que el recreo estaba vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el momento a la niña lesionada, y el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre niñas de esa edad (así SSTS de 10 de octubre de 1995, 10 de marzo de 1997, 8 de marzo de 1999 y 11 de marzo de 2000). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo (SSTS de 18 de octubre de 1999 y 11 de marzo de 2000) en los que se aplica inversión de la carga de la prueba. En el presente caso los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—El supuesto de hecho relativo a las lesiones sufridas por escolares durante el recreo se reitera ante los tribunales. Así se han referido a juegos normales, carentes de riesgo, la STS de 8 de marzo de 1999 (extractada por mí en ADC, 2000, p. 1726, relativa a juegos

normales de niños de diez años) y la STS de 11 de marzo de 2000 (juegos sin riesgo). En cambio, se declara la responsabilidad del centro docente en la STS de 18 de octubre de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, pp. 961 s.) porque el juego consistía en imitar a los marcianos; asimismo se declara la responsabilidad compartida del centro y del Ministerio en el caso del balonazo que ocasiona graves secuelas, con incapacidad permanente, en un juego compartido por niños y adolescentes, en la STS de 10 de abril de 2000 (extractada en *ADC*, 2001, p. 1386 s.). Fuera de las actividades escolares, se ha considerado también juego peligroso el empleo de un tiragomas con balines, considerándose al padre; y el de un rifle con aire comprimido, responsabilizándose al padre en la STS de 11 de abril de 2000 (extractada en *ADC*, 2001, pp. 1305 s.). (G. G. C.)

46. Responsabilidad médica: doctrina general: yuxtaposición de culpas contractual y extracontractual: nexo causal: prueba.—Se ha reiterado jurisprudencialmente que la obligación del médico es una obligación de actividad —o de medios—, en el sentido de que debe prestar al paciente el cuidado correspondiente a su enfermedad, y, excepcionalmente, es una obligación de resultado, cuando se ha comprometido a la obtención de un resultado; distinción que tiene consecuencias en orden al cumplimiento o incumplimiento, a la responsabilidad y a la prueba, según han destacado las SSTS de 22 de abril, 22 de junio, 21 de julio y 13 de diciembre de 1997. A su vez la responsabilidad médica puede tener un origen extracontractual o derivar de contrato, si bien esta Sala ha mantenido reiteradamente la yuxtaposición de responsabilidades (SSTS de 28 de junio de 1997, 10 de noviembre y 30 de diciembre de 1999). La cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo; en caso de obligación de actividad, se prueba el nexo causal (caso de la STS de 13 de diciembre de 1997), o se prueba que no lo hubo (SSTS de 31 de diciembre de 1997 y 13 de abril de 1999), o se aplica la doctrina del resultado desproporcionado (SS de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999); en caso de obligación del resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en SSTS de 28 de junio y 1 de diciembre de 1997, 28 de junio, 24 de septiembre y 2 de noviembre de 1999.

Calificación del contrato entre médico y enfermo.—El presente caso ha sido calificado por la sentencia de instancia como arrendamiento de servicios que se aproxima de manera notoria al de obra «proporcionándola exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue». Es correcta tal calificación, pero se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente; en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa, como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte —el paciente— se obliga a pagar unos honorarios a la otra —médico— por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso. Son los casos que la jurisprudencia ha tratado: operación de cirugía estética (*lifting*) en la STS de 28 de junio de 1997; tratamiento para alargamiento de las piernas en STS de 2 de diciembre de 1997; colocación de dispositivo intrauterino anti-

conceptivo en la STS de 24 de septiembre de 1999; intervención de oftalmología en la STS de 2 de noviembre de 1999; tratamiento odontológico de rehabilitación de la boca, sin lograr resultado, siendo otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, de gran similitud al presente (STS de 28 de junio de 1999).

Cirugía máxilo-facial.—En el presente caso la primera actuación del demandado no tuvo el resultado buscado, por lo que, de común acuerdo con la paciente, tuvo lugar una segunda, que tampoco obtuvo resultado, por lo que, tras consultas y deliberaciones, tuvo que trasladarse a los EEUU donde sí lo obtuvo. Es claro el incumplimiento de la obligación de resultado, al que se le ha aplicado el artículo 1103 CC, sin infracción del artículo 1902 ni del 1105 CC, ya que no hay prueba de hecho fortuito o causa mayor que hayan sido causa del mal resultado que produjo la actuación del médico.

Prescripción.—Resulta inaplicable el artículo 1967.2.º CC, pues no se trata de una reclamación de honorarios, sino de indemnización por incumplimiento de la obligación de resultado derivada de contrato de obra, carente de plazo específico de prescripción, al que se aplica el de quince años como toda prescripción ordinaria de derechos personales conforme al artículo 1964 CC.

Prueba pericial.—Según SSTs de 16 de noviembre de 1999 y 13 de noviembre de 2000, es de libre valoración, sin que se permita una impugnación abierta y libre de la actividad apreciativa de la pericia, a menos que sea ilógica, absurda o contraria a una norma jurídica, lo que aquí no ocurre. (STS de 11 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—*Sentencia pedagógica* (Pte.: O'Callaghan Muñoz) en la que viene a resumirse la doctrina general mantenida por el TS cuando la responsabilidad médica se configura como actividad de resultado, y partiendo de que la calificación del contrato pertenece a la soberana apreciación judicial. La cuantía reclamada supera los cuarenta y cuatro millones de pesetas, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia; la valoración formal de ésta resulta, sin embargo, muy severa en casación, según se indica en el FD 2.º (*pésima redacción y una lamentable confusión, en la que, sin separación de párrafo ni apartados, se desconoce el razonamiento o los argumentos que llevan a la absolución del demandado*). La Audiencia Provincial estimó la apelación, si bien redujo la indemnización, aproximadamente, a la cuarta parte de lo pedido. El TS rechaza el recurso de casación. La STS de 28 de junio de 1999 ha sido extractada en este ADC, 2001, pp. 340 s. con nota de M.ª Begoña Ribera Blanes (el tratamiento inicial infructuoso duró nueve años, al cabo de los cuales la paciente se ve obligada a acudir a otro odontólogo). (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Prohibición de disponer que el padre impone en su testamento: es válida por respetar los límites legales, y aunque carezca de causa.—El padre de todos los litigantes, al disolverse la sociedad de gananciales, recibe las cuatro sextas partes de una finca, que luego transmite por testamento a sus

tres hijos con prohibición de disponer; carece de todo apoyo legal pretender la validez o ineficacia de la prohibición al amparo de los artículos 1378 y 1380 CC, pues, después de la liquidación de la sociedad, el bien perdió su carácter ganancial. Es cierto que las prohibiciones de disponer deben interpretarse restrictivamente para determinar su alcance y extensión, pero no juega para anularla cuando respeta el límite temporal del artículo 785.2.º CC; aunque no conste la razón o motivo de haberla establecido, ello no constituye un requisito del Código civil, que no siguió en este punto el derecho histórico. (STS de 11 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—No es pacífica la doctrina de no requerirse una causa o justificación a la prohibición de disponer. Para Lacruz, *Elementos* III-1.º, Barcelona, 1990, p. 320, aunque no está expresa en el Código civil, la sobreentienden en él la jurisprudencia del TS (siquiera en sentencias dictadas para Cataluña) y la Dirección General de los Registros y del Notariado (casi todas las resoluciones para Cataluña). (G. G. C.)

48. Revisión casacional de la existencia o inexistencia de buena fe.—Esta Sala en la S de 17 de julio de 1999 ya afirmó que si bien la existencia o inexistencia de buena fe es cuestión de hecho y, por tanto, de libre apreciación del juzgador de instancia, no es menos cierto que también es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de una conducta deducida de unos hechos, cuya valoración jurídica puede ser sometida a revisión casacional. Por otra parte, es reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que la buena fe no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento.

Concepto y trascendencia del justo título en la usucapión.—Por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles cuyos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión que de otro modo vendría a ser una institución inútil. De acuerdo con la S de 22 de julio de 1997 una cosa es la falta de eficacia de los contratos en cuanto a la finalidad que persiguen y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. El hecho de que un vendedor no sea propietario es precisamente el vicio que es subsanado por la usucapión.

Interpretación del término «terceros» del artículo 1949 CC.—Cuando el artículo 1949 CC se refiere a «terceros» se está refiriendo a los terceros hipotecarios, es decir, a los que reúnen los requisitos del artículo 34 LH, entre los cuales figura el de ser adquirente a título oneroso, condición que no se tiene lógicamente si el título de adquisición es una herencia. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El día 26 de enero de 1951, doña M. G. P. vende una finca de la cual no era propietaria a don J. B. C. en documento privado. Éste estuvo en posesión en concepto de dueño de la mencionada finca desde la fecha de celebración del contrato de compraventa hasta su fallecimiento y posteriormente sus herederos hasta la fecha

de interposición de la demanda en 1990 por parte de A. H. C. —que era la verdadera dueña de la finca en el momento de la compraventa. La actora alegaba la nulidad del contrato al considerar la falta de poder de disposición de la vendedora. Estimada la demanda por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de La Laguna, la hija de don J. B. C. interpone recurso de apelación ante la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife alegando usucapión de la finca. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y estima la pretensión de la recurrente. Interpuesto recurso de casación por doña A. H. C., el TS declara no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

49. Interpretación del concepto de «privación ilegal» del artículo 464 CC.—Aun admitiendo que el contenido de la expresión «privación ilegal» del artículo 464 CC es más amplio que el de su precedente legal, el término *vol* del Código civil francés, y, por tanto, que no comprende sólo el hurto y el robo, sino que se extiende a figuras propias del «abuso de confianza», no hay la menor duda de que el hecho de entregar una obra pictórica a una galería de arte para que fuese gestionada su venta supone que al comprador de la obra no se le puede exigir que conozca de los pactos o acuerdos a los que hubieran podido llegar las partes y, por tanto, en pro del principio de protección al tercero que actúa en el tráfico mercantil (párrafo último del art. 464 CC), el bien mueble deviene irreivindicable. Es evidente que en la práctica comercial las galerías de arte actúan como intermediarias en la venta de obras de arte, estando plenamente legitimadas para la expedición de los títulos que justifican la adquisición de las obras. El artículo 2 CCO remite a los usos comerciales observados generalmente en cada plaza para regular los actos de comercio y es evidente que una galería de arte desarrolla esta actividad. (STS de 22 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. L. S. dejó un cuadro a la señora M. P. M. en depósito para que ésta lo vendiera, ya que era titular de una galería de arte. La mencionada señora vendió el cuadro a la entidad comercial *Lladró, S. A.* pero no entregó el precio pactado de la venta al señor J. M. L. S. Éste interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia contra la señora M. P. M. y la entidad *Lladró, S. A.*, alegando la nulidad de la compraventa efectuada por los dos codemandados, basándose en la falta de poder de disposición de la vendedora. Desestimada totalmente la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Valencia estima parcialmente el recurso pero sólo en relación a las costas, quedando limitadas éstas a las causadas por la entidad *Lladró, S. A.* Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

50. Requisitos de la redacción del acta de una Junta de Propietarios.—A pesar que la Ley de propiedad horizontal de 1960 no contiene explícitamente cuáles son los requisitos que se deben observar en la redacción del acta de una Junta de Propietarios, de su artículo 16 se deduce que se deben mencionar tanto los asistentes como sus cuotas de participación en la comunidad, con la finalidad de comprobar que se ha alcanzado el quórum exigido

para la constitución válida de la Junta y la adopción de los acuerdos. Además, el voto de los asistentes no puede ser secreto, ya que no es suficiente con la emisión del voto para la adopción de un acuerdo, sino que también es necesario conocer la cuota del votante con la finalidad de comprobar si dicho acuerdo ha sido adoptado con la mayoría de votos y cuotas de participación exigidas por el artículo 17 LPH. (STS de 17 de diciembre de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La Junta de Propietarios de la comunidad de propietarios del edificio *Menguamar* adoptó un acuerdo en el que se limitaba el derecho de uso y la entrada libre a las zonas comunitarias a uno de los propietarios, el señor R. G. S. En el acta de la Junta no se especificaban las cuotas de participación en la comunidad de cada uno de los asistentes de la Junta y el acuerdo fue adoptado por voto secreto. El señor R. G. S. interpuso demanda en la que impugnaba dicho acuerdo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulo el acuerdo. La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Málaga. El demandante interpuso recurso de casación ante el TS, que fue estimado. El TS considera que la sentencia de la Audiencia Provincial ha sido incongruente porque ha omitido el pronunciamiento sobre determinados puntos de la demanda. Además, según el TS, el acta del acuerdo de la Junta de Propietarios no cumplía los requisitos exigidos de forma implícito por la Ley de propiedad horizontal. (M. V. V.)

51. «Empotramiento» de una dependencia en una casa contigua. Alteración de elementos comunes a ambas casas: rehabilitación de cubierta y fachada. Consentimientos necesarios.—El «empotramiento» de una dependencia de una casa en otra, aunque implique la plena titularidad sobre el cuarenta y cinco por ciento de la planta baja, sólo legitima a los propietarios de la casa cuyas dependencias se extienden a la casa contigua a velar por la seguridad total del inmueble y por la permanencia inalterable de los cimientos, cerramientos y demás elementos estructurales relacionados con el «local remetido», para que el local de su propiedad que se remete o invade la planta baja de la casa contigua quede exento de cualquier perjuicio. La invasión de la planta baja de la casa contigua no les autoriza en modo alguno a coartar la libre iniciativa del propietario del «local remetido» en cuanto a la obtención de toda rentabilidad y prestaciones que pueda proporcionarle el resto de la casa de la que es titular, siempre que no se afecte a las mencionadas condiciones de seguridad e inalterabilidad del local. Salvo en este último caso, la inexistencia de consentimiento previo no provoca la demolición de las obras ejecutadas.

Casas «empotradas» o «remetidas». Legislación aplicable.—No se aplica la Ley de Propiedad Horizontal al supuesto de las casas «empotradas» o «remetidas», por tratarse de un condominio limitado o atípico. El pilar situado en la planta baja que sirve de apoyo a ambas casas (la casa «remetida» y la casa «que se remete») posee un indudable carácter medianero y viene a aproximar sensiblemente la situación de las mismas, a la de quienes integran una de esas comunidades *sui generis* (o comunidades de goce y utilización) que constituye la medianería, distinta de la regulada en el artículo 392 CC

(STS de 21 de noviembre de 1985). A la comunidad especial que la situación de medianería origina no puede serle aplicado el sistema de aprobación unánime de los interesados que establece el artículo 397 CC para las alteraciones en la cosa común, o el artículo 11 LPH en lo relativo a la construcción de nuevas plantas o cualquier otra alteración estructural. Las situaciones de medianería se hallan sujetas al régimen previsto en los artículos 577 y 579 CC. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña B. B., como usufructuaria, y sus hijas, como nudo propietarias, viven en una casa sita en un pueblo de Zaragoza. La casa contigua pertenece en propiedad a doña M. B. Ambas casas presentan una peculiar situación desde el punto de vista constructivo: el «empotramiento» de una dependencia de la casa de doña B.B. y sus hijas en la casa de doña M. B. Por consiguiente, el cuarenta y cinco por ciento de la planta baja de la casa propiedad de doña M. B. no le pertenece, por haber sido segregada y totalmente aislada del inmueble desde hace más de un siglo, siendo incorporada a la casa contigua a través de la cual tiene su única salida a la vía pública.

Doña M. B. decide rehabilitar la casa, demoliendo la cubierta primitiva (que es sustituida por otra íntegramente realizada con materiales modernos) y alterando también la fachada de la misma (con conversión de una ventana en balcón y apertura de otro), ambos elementos comunes al inmueble de doña B. B. e hijas. Las citadas reparaciones se realizan sin contar con el consentimiento de éstas.

Por ello, doña B. B. y sus hijas instan juicio ordinario de menor cuantía contra doña M. B. sobre demolición de obra y declaración de derechos al considerar que para la realización de las obras en litigio era imprescindible el consentimiento unánime de todos los comuneros.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, imponiendo las costas a las actoras. La Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña B. B. e hijas, y declara que sobre la casa en discordia existe una comunidad de bienes entre doña M. B. y las nudo propietarias de la casa contigua, fijando en un quince por ciento la cuota de participación de éstas en dicha comunidad respecto a los elementos que sean comunes al local referido y al resto de la casa, y desestimando las demás peticiones de la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las demandantes, por entender que las obras realizadas por la demandada no han afectado a la seguridad del edificio ni perjudicado a los elementos que efectivamente son comunes a los litigantes. (*M. C. C. M.*)

52. Prohibición de comercialización de las copias de fonogramas por parte de su comprador.—El adquirente por compra de copias de fonogramas carece de la facultad de explotarlas, sin la autorización del titular del derecho de distribución, ejerciendo una actividad mercantil en un establecimiento dedicado al alquiler de las mismas. Al adquirente le está vedada la

comercialización mediante la creación de un mercado secundario concurrente consistente en el negocio de alquiler de los fonogramas. El agotamiento del derecho de distribución o circulación a partir de la primera venta opera respecto de las ventas sucesivas, pero no extinguen totalmente el control del titular del derecho de distribución (derechos económicos), porque la adquisición de la cosa material no supone la adquisición de todos los derechos de explotación, y aunque no cabe negar a los adquirentes de los fonogramas diversas facultades dispositivas, carecen sin embargo de la de llevar a cabo la actividad comercial de alquiler de discos compactos (fonogramas) en establecimiento abierto al público, sin consentimiento del productor fonográfico. (STS de 12 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad *City Digital, S. L.* se dedicaba al alquiler de discos compactos sin la debida autorización de los productores de dichos discos. Presentada demanda de cesación de la mencionada actividad ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria-Gasteiz por las entidades *Discos Radiactivos Organizados, S. A.*, *Warner Music Spain, S. A.*, *Polygran Ibérica, S. A.*, *Hispavox, S. A.* y *Emi-Odeon, S. A.*, se dicta sentencia absolviendo a la demandada al considerar que la Ley de propiedad intelectual no prohíbe al propietario de un disco compacto adquirido mediante venta que proceda a su distribución en alquiler. La Audiencia Provincial de Vitoria revoca la sentencia y el TS declara no haber lugar al recurso. (A. S. C.)

53. Legitimación activa de la SGAE para la defensa de los derechos a que se extiende su actividad.—El artículo 88 LPI contempla dos situaciones: una y básica es la cesión de los derechos del autor al promotor mediante contrato que el precepto denomina de producción de la obra audiovisual, y la otra es la protección que se dispensa al productor, en cuanto titular por cesión, al establecer una presunción de condición *iuris tantum*, al tratarse de una cesión en exclusiva, con la limitación establecida en el Título IV de la ley, de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, así como los de doblaje o subtítulo de la obra. De este modo la relación autor-productor se desenvuelve en dos ámbitos diferenciados, uno que hay que referir a la cesión de los derechos del autor al productor y el otro a la protección que se otorga al productor en cuanto ha obtenido la propiedad de la obra o del producto. En este sentido, la legitimación de la Sociedad General de Autores de España (SGAE) tiene apoyo legal de tipo genérico tanto en el artículo 24 CE, al referirse a los derechos e intereses legítimos, como en el artículo 7 LOPI, que contempla los intereses individuales y los colectivos, así como el específico 135 LPI y el Estatuto de la SGAE. Las SS de 29 de octubre de 1999 (recurso núm. 969/1997), 29 de octubre de 1999 (recurso núm. 262/1998) y 18 de octubre de 2001 entienden que basta a la SGAE, para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad, con la aportación de la autorización administrativa que la habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura. Asimismo, la S de 18 de octubre de 2001 sostiene que la legitimación de la entidad de gestión no sería solamente presunta, sino en realidad una legitimación

propia, en cuanto inherente a su finalidad estatutaria. (STS de 18 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad General de Autores de España (SGAE) interpone demanda contra la entidad *Gestión Hispania Hotelera, S. A.* solicitando de la demandada la cesación de la utilización de obras del repertorio de la actora en la celebración de bailes en bodas y banquetes y en receptores de televisión. La entidad hotelera entiende que la SGAE no tiene legitimación activa para interponer la mencionada demanda, pues corresponde sólo al productor autorizar la explotación de la obra y por lo tanto él es el único legitimado para interponer la acción. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Terrassa desestima la demanda de la SGAE. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona revoca parcialmente la sentencia de instancia y el TS declara no haber lugar al recurso de casación al considerar que la SGAE sí tiene legitimación propia cuando se trata de la defensa de los derechos, aun cuando sean difusos, a los cuales se extiende su actividad. (A. S. C.)

54. Infracción de las normas procesales de audiencia y contradicción en el proceso ejecutivo del artículo 131 LH, al no haber sido citado y emplazado el tercer poseedor.—El procedimiento regulado en el artículo 131 LH como proceso de pura ejecución no se sigue contra el deudor, ni contra el último titular inscrito, ni contra el poseedor actual, sino contra el propio bien hipotecado. Por este motivo, en ese procedimiento no hay propiamente citaciones ni emplazamientos, sino requerimiento de pago de lo adeudado y garantizado con la hipoteca. La jurisprudencia entiende aplicable al poseedor de hecho de la finca hipotecada, siempre que esa posesión sea conocida por el acreedor, la regla quinta del artículo 131 LH que no habla de citación ni de emplazamiento, sino de simple notificación de la existencia del procedimiento. Esa notificación al último titular o al poseedor de la finca se hace a los efectos de que pueda, «si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca» (art. 131, regla 5.ª LH). Según el TS, la notificación del procedimiento al poseedor actual puede deducirse del requerimiento de pago hecho al mismo. (STS de 21 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 5 de julio de 1989 don A. O. M. y otros venden a doña M. A. P., a su hijo y a la mercantil *Hermanos de Montemar, S. A.* unas fincas gravadas con una hipoteca por un crédito que había sido concedido a la parte vendedora. Posteriormente, los compradores dejan de abonar los plazos pactados del crédito hipotecario, a lo que se habían comprometido como parte del precio de las dos compraventas, de acuerdo a un plan de plazos pactado. Esto motiva que el banco proceda a la ejecución hipotecaria, aunque, finalmente, desiste del procedimiento antes de la celebración de las subastas.

Por todo ello, doña M. A. P., su hijo y la mercantil *Hermanos de Montemar, S. A.* formulan demanda de juicio de mayor cuantía contra los vendedores, solicitando que se declare que son ineficaces por

nulos (anulables) los contratos por los que los demandados vendieron las fincas de su propiedad a los demandantes, por concurrir dolo y maniobras fraudulentas en la vendedora como medio para la celebración del contrato. Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la petición precedente, se solicita la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa. Por último, los compradores instan la nulidad del juicio sumario ejecutivo por haberse seguido sólo contra los hipotecantes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declara resueltos los contratos celebrados por los actores con los codemandados y condena a los actores a que se restituyan las fincas y a los demandados a que restituyan el dinero. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la resolución. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA.—La Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, de 7 de enero, ha suprimido los procedimientos judiciales hipotecarios y, en particular, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Sin embargo, el Capítulo V de la nueva LEC recoge prácticamente todas sus especialidades. Como consecuencia de ello, la DF 9.^a LEC ha dado una nueva redacción a los artículos 129 a 135 LH. (M. C. C. M.)

DERECHO DE FAMILIA

55. Convenios entre cónyuges. Separación de hecho.—La sentencia de la Audiencia (que es la objeto de recurso) resuelve el tema nuclear del recurso reconociendo la validez y eficacia jurídica del convenio litigioso como negocio extrajudicial. Dice que «nos encontramos con un convenio acordado por los cónyuges, no para su presentación ante la autoridad judicial y conseguir la homologación del mismo en un proceso de separación; se trata de un auténtico contrato de naturaleza privada, en el que los cónyuges de forma complementaria a la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el día anterior, vienen a regular para el futuro las cuestiones económicas atinentes a los mismos, y ello a raíz de una crisis matrimonial surgida, y por la cual deciden separarse de hecho, y así lo expresan en el convenio reflejado en el documento aportado con la demanda, en cuya cláusula tercera *bis*) se menciona la existencia de las anteriores capitulaciones, y de donde se infiere el carácter complementario del acuerdo respecto de lo contenido en dichas capitulaciones». Y resume más adelante «encontrándonos ante un negocio jurídico de carácter privado, no ante un convenio regulador de una separación judicial, y siendo por tanto aquel vinculante para las partes, el recurso de apelación formulado por el demandado no puede prosperar».

Esta Sala comparte la apreciación finalista del documento de 15 de diciembre de 1987 efectuada por la sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en un proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en contemplación de las

situaciones de crisis matrimonial (separación o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios de Derecho de familia (S de 22 abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocido por la jurisprudencia (SS, entre otras, de 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1955, 22 de abril y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero y 21 de diciembre de 1998) y la doctrina registral (Resoluciones de la DGRyN de 31 de marzo y 10 noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998), que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial. [...]

La doctrina que reconoce plena eficacia *inter partes* a los convenios entre los cónyuges, aunque carezcan de la sanción judicial, se halla plenamente consolidada en la jurisprudencia de esta Sala (...). Por otro lado, y además de ello, la S de 22 de abril de 1997 distingue entre los convenios con y sin homologación judicial, y si bien considera tal homologación *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador del artículo 90 CC, en absoluto desconoce la eficacia del que no haya sido objeto de aprobación judicial en tanto que negocio jurídico válido concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC. Y en cuanto a la otra S citada –25 de junio de 1987–, aparte de que admite la posibilidad de verificación judicial en cualquier tipo de procedimiento, y de que supuso un importantísimo avance en el reconocimiento de los acuerdos privados entre cónyuges en cuanto a materias sujetas a su disponibilidad jurídica, en cualquier caso, el supuesto contemplado es diferente del de autos, y por lo demás una sola sentencia no forma jurisprudencia y menos frente a una clara orientación posterior. (STS de 15 de febrero de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.–Tras siete años de matrimonio, doña J. y don C. deciden poner fin a su vida en común. Para regular su nueva situación otorgan escritura pública en la que, liquidando el régimen de gananciales, instauran el de separación de bienes. Además, al día siguiente, suscriben un documento privado en el que –bajo la denominación de «convenio regulador»– se determinaba la aportación que mensualmente don C. debería hacer a su esposa en concepto de contribución a las cargas y alimentos. Pasado un tiempo, doña Joan deduce demanda solicitando que en cumplimiento del convenio se condene al demandado al pago de determinada cantidad. El marido opone reconvencción. El Juzgado estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia rechaza la apelación del demandado. Ha lugar en parte al recurso de casación en el extremo relativo a la condena en costas. (R. G. S.)

56. Naturaleza jurídica del derecho de subrogación en arrendamiento urbano.–Como ha puesto de relieve el TS en alguna sentencia, el

derecho de subrogación no es un derecho hereditario sino un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razones de interés social. No se trata de un derecho hereditario porque no se acude al régimen de la herencia ni el causante puede disponer de él, ya que no se trata de un derecho patrimonial transmisible por herencia. Además, el contrato de arrendamiento da lugar a un derecho estrictamente personal que se extingue con la muerte de su titular. El derecho de subrogación por fallecimiento del titular nace y se agota con su ejercicio y no es susceptible de ser valorado económicamente.

La compensación económica recibida por la renuncia al contrato de arrendamiento como bien ganancial.—El derecho de arrendamiento se adquiere en el momento en que se concierta, aunque sea por subrogación, de modo que si se pacta cuando está vigente la sociedad de gananciales, se adquiere a costa de los bienes comunes, sobre todo si se tiene presente que se trata de arrendamiento de vivienda, los gastos del cual son imputables al sostenimiento de la familia (art. 1362.1 CC). Por eso, en este caso no se puede considerar que la compensación económica obtenida por la renuncia al contrato de arrendamiento dimanante de subrogación pueda ser considerado bien privativo, sino que se debe considerar bien ganancial. Esta renuncia o desistimiento del contrato no se puede considerar que derive directamente de la subrogación, ya que la subrogación es un derecho personal que se agota con su ejercicio y no es valorable económicamente. Además, se debe tener presente que según el artículo 12 de la Ley 24/1994 (aplicable al arrendamiento en cuestión en virtud de la DT 2.^a) el derecho de desistimiento corresponde a ambos cónyuges, de modo que si el arrendatario manifiesta su voluntad de desistir del contrato sin el consentimiento del cónyuge que convive con él, el arrendamiento podrá continuar en beneficio de dicho cónyuge. Por tanto, si la compensación económica obtenida por el desistimiento es un bien ganancial y se destina a la adquisición de una vivienda, la vivienda será un bien de naturaleza puramente ganancial. (STS de 11 de diciembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—Don J. B. y su esposa doña M. M. habitaban en un chalet arrendado. A la muerte de don J. B., su esposa se subrogó en dicho arrendamiento. A la muerte de M. M., se subrogó su hijo J. B., que estaba casado con doña O. M. Posteriormente se resolvió el contrato de arrendamiento, en virtud de lo cual obtuvieron una compensación económica, que, junto con otro dinero, destinaron a la adquisición de una nueva vivienda. Doña O. M. demandó a don J. B. solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda pero consideró que la vivienda conyugal fue adquirida mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, ya que la compensación económica obtenida por la resolución del arrendamiento era un bien privativo que correspondía a don J. B. Por tanto, según el Juzgado, a la sociedad de gananciales sólo le correspondía un 7,415 por ciento de la vivienda y a don J. B. el 92,59 por ciento y, por eso, al liquidarse la sociedad, a don J. B. le correspondía un 96,29 por ciento y a doña O. un 3,71 por ciento de la vivienda. Doña O. interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estima, ya que considera que la compensación económica obtenida por resolución del contrato no es un bien privativo, sino un bien ganancial, de modo que la vivienda adquirida con esta compensa-

ción, junto con otros bienes gananciales, pertenece por partes iguales a ambos cónyuges. (M. V. V.)

57. Régimen económico matrimonial: depósito judicial hecho por el marido para responder de deudas gananciales: cambio del régimen de gananciales por el de separación: sin perjuicio de tercero.—Del *factum* de la sentencia recurrida se desprenden los siguientes datos: 1.º Que el 20 de enero de 1983 el marido constituyó un depósito judicial por importe de 56.245.817 pesetas con fondos provenientes de una cuenta personal, integrada por dinero obtenido durante el matrimonio como consecuencia de su trabajo, de indudable carácter ganancial; 2.º Que la separación de bienes fue convenida el 29 de abril de 1983; y 3.º Que la adjudicación de la mitad del depósito a la esposa se verificó por escritura pública de 27 de mayo de 1986. El cambio de régimen económico matrimonial que suponga una disolución del sistema de gananciales y su sustitución por el de separación de bienes, no puede perjudicar a terceros (así SSTs de 15 de febrero de 1986, 27 de junio de 1989, 24 de julio de 1991 y 24 de abril de 1992). Si el esposo durante el matrimonio, en un acto de administración de la sociedad de gananciales, afectó determinada suma de dinero ganancial para cumplimentar una fianza judicial, tal acto debe producir todas sus consecuencias en el sentido de mantener dicho depósito afecto a unas presuntas responsabilidades, sean personales o patrimoniales, ya que suponía una afección de la sociedad de gananciales a una concreta deuda. Ahora bien, por mor de una adjudicación extraprocesal de bienes, no puede permitirse que dicha cantidad, o parte de ella, quede desafectada para el fin por el que se constituyó.

Naturaleza de la segunda instancia civil.—El sistema procesal español es el de la apelación plena, o sea que el Tribunal de la segunda instancia se encuentra frente a la demanda de impugnación investido de las mismas facultades que el juez de la primera instancia, y con los mismos poderes tanto para la decisión como para la formación del material de cognición. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, cuando en la misma se proclama que según la LEC, aun concibiendo el recurso de apelación como simple revisión del proceso primitivo anterior, el órgano de segundo grado adquiere plena competencia, con idénticos poderes y amplitud de conocimiento, para conocer y resolver todas las pretensiones de las partes; por ello, si se entiende que ha de ser desestimada la única excepción procesal que llevó al órgano del primer grado a dictar sentencia absolutoria, tiene, no ya la facultad, sino el deber de entrar a conocer y resolver el fondo de la cuestión litigiosa (SSTs de 6 de julio de 1962, 22 de junio de 1983 y 11 de julio de 1990). (STS de 21 diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: Sierra y Gil de la Sierra). Sobre todo cambio de régimen económico aletia en nuestro ordenamiento la sospecha de que se realiza en perjuicio de tercero, debido a la ausencia, o, al menos, imperfección de un adecuado sistema de garantías para terceros. No parece razonable que un acuerdo de los cónyuges recaído tres años después de la constitución de una fianza judicial por el marido, sea eficaz para alterar la titularidad de la importante suma depositada. Una vez que se liquiden las supuestas responsabilidades gananciales será el momento de

distribuir la suma restante conforme al acuerdo de separación de bienes. Todo ello sin perjuicio de que la mujer pueda cuestionar *inter partes* la validez del acto de afección o la naturaleza ganancial de las deudas en cuya consideración actuó el marido. Un supuesto similar es el resuelto por la STS de 25 de septiembre de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, pp. 987 ss.). (G. G. C.)

58. Gananciales: demanda sobre inmuebles no notificada al cónyuge: inaplicabilidad artículo 1385.2 CC.—Si bien este precepto autoriza a cualquiera de los cónyuges para ejercitar la defensa de los bienes comunes, esta facultad no es de interpretación extensiva y absoluta respecto a cada cónyuge individualizado, para soportar exclusivamente las consecuencias de una acción, sobre todo cuando su resultado es negativo, y, al afectar a los dos esposos, la demanda debe ser dirigida contra ambos, lo que impone la necesidad de su llamada conjunta al proceso para la procura de la defensa de sus intereses convergentes (STS de 23 de febrero de 1994).

Litisconsorcio pasivo necesario.—Debe apreciarse cuando se trata de la eficacia o ineficacia de una relación contractual y, por tanto, de su resolución, en la que intervinieron ambos cónyuges de manera directa o indirecta, pero debida y suficientemente constatada, ya que ha de dirigirse la demanda contra los dos para no construir incompleto el proceso, por defecto en la vocación de quienes deben ser demandados a efectos de integrarse en la dinámica del pleito (SSTS de 25 de enero de 1990 y 9 de septiembre de 1991).

Subsanación del defecto litisconsorcial: doctrina general.—Este defecto puede ser corregido con el emplazamiento de los que debieron ser demandados mediante la utilización de la comparecencia del artículo 693 de la Ley ritualaria, bien haya sido aducido por las partes, bien se aprecie de oficio por el juzgador, como también que su consideración tardía (después de celebrada aquella comparecencia) no puede llevar a la mera absolución de la instancia, sino a la reposición de las actuaciones al momento procesal correspondiente a los efectos de su reparación, de manera que la deficiencia procesal era subsanable, lo que se puede lograr con una nueva comparecencia, y, si no se enmienda en el plazo a que se refiere el artículo 693, regla 3.ª, LEC, se procederá a sobreseer el proceso, como dispone la regla 4.ª de este precepto; ahora bien, por mor del principio de conservación de los actos procesales ya realizados, en el posterior desarrollo del juicio, se respetarán los mismos para evitar la repetición de pruebas obrantes en los autos, y sólo se admitirán escritos, pruebas o conclusiones en relación con los puntos introducidos en el litigio por la incorporación del nuevo litigante (SSTS de 18 de junio de 1994 y 10 de enero de 1995). (STS de 20 diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Del artículo 1385.2 CC, escribí anteriormente que se trata de una norma nueva, de perfiles un tanto borrosos que parece tener alcance general al establecer una legitimación procesal *erga omnes* relativa a toda clase de bienes y derechos (García Cantero, en Castán *Derecho civil español, común y foral* V-1.º, 12.ª ed.; Madrid, 1994; p. 506). Esta sentencia (Pte.: García Varela) sigue claramente el parecer de Peña y Bernaldo de Quirós (*Comentarios Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 743), que interpreta aquel precepto como norma meramente facultativa, de modo que puede, el cónyuge

demandado, hacer valer la existencia del litisconsorcio. Razones de economía procesal justifican sobradamente la posibilidad de la subsanación del precepto, y, en último término, una reposición limitada al momento en que se produjo la falta. (G. G. C.)

59. Filiación no matrimonial: acción de reclamación: doctrina general constitucional sobre la negativa a la práctica de las pruebas biológicas.—Ha declarado el TC que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que, en otro caso, bastaría con que el litigante, renuente a la prueba biológica, se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE.

Doctrina civil sobre la negativa a someterse a pruebas biológicas.—Este Tribunal ha declarado que cuando un órgano judicial, valorando la negativa a someterse a las pruebas biológicas en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto del artículo 135 *in fine* CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, sin que ello signifique apreciar una *facta confessio* o la admisión implícita de la paternidad. A falta de una regulación más precisa, la STS de 26 de septiembre de 2000 recoge las reglas jurisprudenciales a modo de guías para la valoración de los hechos probados, que se resumen en dos: a) La negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, lo que constituye una obstrucción para la recta administración de la justicia, representando tal conducta negativa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de paternidad; b) Tal atribución debe producirse siempre que por otros indicios se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción.

Verosimilitud de relaciones sexuales al tiempo de la concepción.—En el presente caso, la prueba testifical practicada permite afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario; lo que unido a la injustificada negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas lleva a esta Sala a afirmar la paternidad del demandado respecto al hijo de la actora y a la estimación de la demanda,

previa casación de la sentencia recurrida y la revocación de la primera instancia. (STS de 27 de diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—En ambas instancias la acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial había sido desestimada. En el 1.º FD se ponen de manifiesto los graves defectos formales de que adolece el recurso, en los siguientes términos: «El motivo padece en su formulación evidentes defectos de técnica casacional, citando el artículo 1249 CC, precepto que según abundantísima doctrina jurisprudencial no es idóneo para fundar el motivo de casación al no contener norma alguna de valoración de prueba, cita que se hace seguida de la expresión y siguientes, profusamente rechazada por esta Sala; como dice el Ministerio Fiscal en su preceptivo dictamen *el desarrollo del motivo se advertirá que, en rigor, no es otra cosa que un escrito de conclusiones reducido a discutir la valoración de la prueba practicada en la instancia—documentales y declaraciones testificales— sobre un aspecto esencial de los hechos, como es la existencia de relaciones amorosas íntimas entre demandante y demandado*. Todo ello conduciría al rechazo del recurso, no obstante lo cual la Sala entra en el fondo en aras del derecho de defensa y habida cuenta del interés superior del menor. La pregunta inmediata es obvia: dado que en el presente caso el Ponente ha ayudado clamorosamente para que la Sala entre en el fondo del recurso, en adelante ¿va el TS a hacer caso omiso de los defectos formales de los recursos de casación en aras de intereses superiores tutelados por la ley? Si no lo hace en todos los casos ¿cabe pensar que se producirá una infracción del principio de igualdad?

Resulta inquietante que una declaración judicial de filiación pueda basarse en la mera *verosimilitud* de que hayan existido relaciones sexuales con base en declaraciones testificales, siempre, claro es, que el demandado se haya negado, sin causa justificada, a la práctica de las pruebas biológicas. La sentencia extractada añade que, en el caso, no existe prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario. Si los testigos —que indudablemente no lo son presenciales— aportan al juicio su impresión o deducción, o mera impresión, de que aquéllas existieron, resultará prácticamente imposible demostrar que no las hubo. De este modo, la efectiva indefensión del demandado resultará total. Se objetará que le sería fácil someterse a las pruebas biológicas. La realidad demuestra que la negativa no siempre se basa en el temor a que se descubra la verdad, o al ánimo obstruccionista del demandado.

Es verdad que alguna sentencia del TS ha expresado ya su preocupación porque la aplicación de esta doctrina puede atribuir erróneamente una paternidad o maternidad no matrimonial (así STS de 30 de junio de 2000, extractada en *ADC*, 2001, p. 1825, con anotación mía). Pero la tónica general se recoge en la STS de 26 de septiembre de 2000 (extractada en *ADC*, 2002, p. 378) al decir que si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta de oposición del demandado. Últimamente pueden verse las SSTS de 24 de enero de 2002 (*ADC*, 2002, pp. 917 ss.), 28 de marzo de 2000 (*ADC*, 2001, p. 1829 ss.), 29 de marzo de 2000 (*ADC*, 2001, pp. 1827 ss.), supuesto en que la

acción se ejercita por el padre frente a la madre, que se opone, y se niega a la práctica de la prueba biológica, no obstante lo cual se estima la acción y 18 de marzo de 2001 (*ADC*, 2001, pp. 1324 ss). Puede considerarse excepcional, en atención al supuesto de hecho, el caso resuelto por STS de 24 de abril de 2000 (*ADC*, 2001, pp. 1831 ss.) en que no se estima la demanda pese a la negativa, por tratarse de un anciano de noventa y dos años con diversos padecimientos, considerándose aquélla justificada. (*G. G. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

60. Usufructo universal del cónyuge viudo: aplicación del artículo 820.3.º CC, aunque no se concediera la opción a los herederos: cuestión nueva.—La recurrente ha introducido una absoluta variación de la *causa petendi* de la demanda y de la súplica de la misma, constituyendo una cuestión nueva en casación, que esta Sala veda constantemente, en defensa de los principios de audiencia y contradicción de parte, y por subvertir el orden procedimental; en definitiva, ha construido un nuevo supuesto de hecho, sobre el cual no ha recaído decisión de los órganos de instancia. Por ello esta Sala no puede pronunciarse sobre una cuestión radicalmente nueva, aunque sí puede aclarar que, de acuerdo con el fallo recurrido, la cláusula estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene el derecho a hacer la opción del artículo 820.3.º CC, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto citado se la otorga, y no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta. Por otra parte, en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravamen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a voluntad del legitimario gravado cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla. En este litigio la recurrente ha creído nulo el usufructo porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación. (STS de 3 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

NOTA.—Puede verse el trabajo de Gullón Ballesteros, «El párrafo 3.º del artículo 820 del Código civil», *ADC*, 1961, pp. 875 ss. (precisamente Ponente de la sentencia extractada).

DERECHO MERCANTIL

61. Modelo de utilidad: violación del derecho de fabricación y explotación. Indemnización y responsabilidad objetiva.—En aquellos casos en los que se lleve a cabo la fabricación y utilización de un procedimiento

patentado, sin mediar el consentimiento del titular, la jurisprudencia reiterada afirma (SSTS de 22 de octubre de 1993 y 10 de junio de 2000) la concurrencia de una responsabilidad objetiva sobre la estimación de daños y perjuicios en virtud de lo establecido en los artículos 64 y 152 de la Ley de patentes. Además de esta responsabilidad objetiva establecida legalmente, también el TS considera que en los procesos civiles sobre patentes cabe presumir la causación de los daños y perjuicios (SSTS de 23 de febrero y 27 de julio de 1998), sin que sea necesario razonar sobre las pruebas la existencia efectiva de los mismos, al resultar éstos evidentes. (STS de 7 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Doña I. A. G. demanda a las empresas *Evapal S. A.*, *Trotamundos Regalo Internacional S. L.* e *Ingaher S. L.* en juicio declarativo de menor cuantía sobre modelo de utilidad, solicitando la cesación en la violación de su derecho de propiedad industrial y la indemnización correspondiente. Las mercantiles demandadas se oponen a la demanda y formulan reconvencción solicitando la declaración de nulidad del modelo de utilidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda ordenando la cesación de la violación del derecho sobre el modelo de utilidad, pero desestimando la pretensión de indemnización de daños y perjuicios y la demanda reconvenccional. Apelada la sentencia por ambos litigantes, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por las entidades mercantiles y estima el interpuesto en representación de doña I. A. G., condenando a las empresas al pago de la correspondiente indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, imponiendo las costas a las mercantiles recurrentes. (S. E. M.)

62. Propiedad industrial. Marca de titularidad ajena registrada por su distribuidor en España, a su nombre. Nulidad de marcas. Prescripción. Convenio de París y Ley de marcas: imprescriptibilidad de la acción en caso de mala fe. *Dies a quo* para el cómputo de la prescripción.—El artículo 6 septies del Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial, de 20 de marzo de 1883, modificado por Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967, ratificado por España en fecha 13 de diciembre de 1971 y publicado el instrumento de ratificación en el BOE de 1 de febrero de 1974, dispone que el titular de una marca (en este caso *Orient Watch Co. Ltd.*) puede reclamar la anulación del registro de la misma marca que su representante (la demandada o su causante) ha hecho a su propio nombre; cuyo registro o *adquisición originaria* tiene la misma consideración que la *adquisición derivativa* de una marca registrada con anterioridad.

Este es el caso presente en el que la Sala estima que se debe rechazar la excepción de prescripción de la nulidad de la marca que ha estimado la Audiencia Provincial porque:

— el *dies a quo* no es el de la ratificación del Convenio de la Unión de París, como entiende equivocadamente la Audiencia Provincial, sino el día en que se produce el supuesto de hecho que la denominación *Orient* aplicada a relojes, ambos extremos producidos en 1985;

– el apartado 3 del artículo citado, 6 septies, del Convenio de la Unión de París dispone que las legislaciones nacionales pueden prever el plazo de prescripción de las acciones de nulidad que contempla; a su vez, el artículo 6 bis del mismo texto legal declara imprescriptible la acción de nulidad de las marcas registradas de mala fe; en la Ley de marcas, Ley 32/1988, de 10 de noviembre, se repite el mismo concepto: por remisión del artículo 14.2, el artículo 48.2, la acción de nulidad en este supuesto es imprescriptible si el registro de la marca se ha solicitado de mala fe; de los hechos acreditados, tal como se relacionan en las sentencias de instancia, es incuestionable la mala fe de la sociedad demandante y no existe tal prioridad. (STS de 22 de noviembre de 2001; ha lugar.)

HECHOS.—En este proceso se han ejercitado diversas acciones, todas relativas a la protección de la propiedad industrial, en dos procesos acumulados en los que, en uno y otro, la parte demandante ha sido *Orient Watch Co. Ltd.* y la demandada doña R. H. B., la cual ha formulado, a su vez, sendas demandas reconventionales contra aquella sociedad. En síntesis, la sociedad demandante ha interesado la declaración de nulidad de veintiuna marcas de la demandada inscritas en el Registro de la Propiedad Industrial a su nombre, por la semejanza con la denominación *Orient* y de caducidad de la marca *Creacions Orient*, núm. 97.541; la demandada, demandante reconventional, ha interesado la declaración de que la sociedad demandante y demandada reconventional, carece de derecho a su nombre comercial en España por su semejanza con su marca *Creacions Orient* núm. 97.541 y carece del derecho a fabricar y comercializar relojes con la marca *Orient* y ejercita acción reivindicatoria de la marca *Creacions Orient* núm. 97.541, acción de caducidad y subsidiaria de nulidad de marcas de la sociedad demandante y demandada reconventional y acciones derivadas de la anterior.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente las demandas de *Orient Watch Co. Ltd.*, desestimando las dos demandas reconventionales. Apelada por la parte demandada, la Audiencia Provincial dictó sentencia confirmando la anterior excepto en un punto: estimó la excepción de prescripción respecto a la acción de nulidad del registro de marca núm. 97.541 *Creacions Orient*. Ambas partes han formulado sendos recursos de casación. (O. M. B.)

63. Competencia desleal, marcas y derecho comunitario. Importaciones a España, desde países comunitarios, de ron Bacardí fabricado en terceros países y despachado a libre práctica. Oposición de la licenciataria exclusiva para España. Agotamiento de la marca.—La actora-recurrente pretendía impedir la importación a España de ron Bacardí legítimo y auténtico, identificado incluso en cuanto a su lugar de elaboración y envasado, pese a reconocer la propia parte que el ron Bacardí sí se comercializaba en Europa por más que negara que esa comercialización, en un sentido muy restringido de destino al consumidor final, fuera en concreto la del ron elaborado y envasado en Méjico, y por más que negara, asimismo, su propio consentimiento

(no el de la entidad dueña de la marca) a esa comercialización en la Europa comunitaria del ron de dicha procedencia.

Admitido también por la hoy recurrente que ella misma, «en alguna ocasión», había importado ron Bacardí procedente de Brasil y acreditados los vínculos entre la titular de la marca registrada «en la mayor parte del mundo» (*Bacardi & Company Limited*), la licenciataria exclusiva de la marca para fabricar y vender los productos Bacardí «en diversas regiones del mundo» (*Bacardi International Limited*) y la licenciataria española para fabricar en España los productos Bacardí y venderlos tanto en España como «en todos aquellos países donde lo acuerde con INTERNATIONAL» (*Bacardí y Compañía, Sociedad Anónima España*), hasta el punto de existir un verdadero control sobre la demandante por parte de las otras dos contratantes, que se articulaba contractualmente como causa extintiva de los convenios en caso de cambios en el accionariado, difícilmente puede minimizarse el alcance de la normativa comunitaria sobre despacho de mercancías a libre práctica, calificándola como hace la recurrente de meramente administrativa, y elevar en cambio a categoría esencial la normativa comunitaria sobre homogeneidad del tamaño de las botellas, pues precisamente para España el RD 1472/1989, de 1 de diciembre, siempre bajo el designio de no inducir a error al consumidor, permitía por entonces la introducción y comercialización en España de botellas de tamaño ligeramente inferior a un litro; a lo que cabe añadir, de un lado, el estrecho concepto de comercialización que sustenta el recurso, como equivalente sólo a la venta del ron al consumidor final, y, de otro, que las importaciones denunciadas en ningún caso atentaban contra los intereses del Estado español.

Sí resulta patente, en cambio, a juicio de la Sala, que mediante una prohibición de las importaciones fundada en los mencionados contratos se lograba el efecto de aislar o compartimentar el mercado en una parte tan importante del espacio comunitario como era «España y sus territorios», y desde luego sin beneficio alguno para los consumidores ya que la propia recurrente admite que el ron Bacardí importado era auténtico y plenamente autorizado por la dueña de la marca, que no había diferencia alguna de calidad con el fabricado por ella y que, sin embargo, podía venderse a un precio inferior.

En función de todo lo razonado, concluye la sentencia, que aun admitiendo con un importante sector doctrinal que el artículo 5 LCD permite considerar prohibidos comportamientos no exactamente incardinables en los artículos 7 a 17, sin embargo, nunca podría considerarse «objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe» un comportamiento como el aquí denunciado, dada la nueva concepción del Derecho de la competencia desleal que «deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas del mercado», por lo que la nueva Ley «se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo» (EM, Ley 3/1991); bastando por otra parte enlazar el párrafo segundo del artículo 12 de dicha Ley con su párrafo primero para descartar la incardinación en el mismo de las importaciones paralelas discutidas, ya que el ron Bacardí procedente de otros Estados miembros era plenamente auténtico o legítimo, fabricado y comercializado bajo el control de la entidad dueña de la marca.

Congruencia. Efecto extensivo de la sentencia de apelación, totalmente desestimatorio de la demanda, a los demandados no apelantes como consecuencia del alcance *erga omnes* de las pretensiones.—La jurisprudencia de esta Sala no ha limitado el efecto extensivo de la sentencia estimatoria de un recurso de apelación a los casos de solidaridad, sino que también viene declarándolo para los supuestos de indivisibilidad o carácter absoluto del objeto litigioso (SSTS de 9 de junio de 1998 en recurso 1039/1994, 13 de junio de 1997 en recurso 1974/1993 y, con cita de otras muchas, 21 de noviembre de 2000 en recurso 2582/1995).

En el caso resuelto por la sentencia basta con leer el encabezamiento y los pedimentos de la demanda para comprobar que lo pretendido por la actora era la prohibición absoluta y general de que se importara Ron Bacardí Blanco por ostentar ella la exclusiva de su fabricación y venta en España. De ahí que dirigiera su demanda no solamente contra las dos compañías importadoras identificadas mediante las diligencias preliminares de comprobación sino también «contra cualquier persona que importe o haya importado Ron Bacardí Blanco de las características del referido en la presente demanda de México o de cualquier otro lugar», y que lo solicitado fuera, en definitiva, el cese de las importaciones cualquiera que fuese el importador, a cuyos efectos interesaba también la publicación de la sentencia estimatoria en dos periódicos de gran circulación de cada una de las distintas aduanas por donde la importación se pudiera efectuar.

Claro está, pues, que acordado por el Juzgado, a petición de la actora, un emplazamiento por edictos de todos los posibles importadores de Ron Bacardí Blanco; adoptada inicialmente, también a petición de la demandante, una medida cautelar de suspensión de todas las importaciones de dicho producto, al margen de quién fuese el importador; personadas sucesivamente en el proceso diversas entidades importadoras precisamente en virtud de ese alcance general de los pedimentos de la demanda y, en fin, estimada la demanda por la sentencia de primera instancia también con carácter general, el pronunciamiento de segunda instancia, desestimatorio de la demanda, necesariamente tenía que favorecer a todos los importadores de Ron Bacardí Blanco, aunque no hubieran interpuesto recurso de apelación. (STS de 28 de septiembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En los hechos de la demanda de la que trae origen el presente recurso se alegaba, básicamente, la competencia desleal que suponía la importación del ron mejicano a precios inferiores al coste para la demandante, la pérdida del mercado y daño a la imagen de marca de la demandante, imputable a los demandados en virtud del artículo 64 de la Ley de patentes, la existencia de grandes cantidades de ron mejicano pendiente de despacho en las aduanas españolas y la «usurpación» palpable de la marca «en términos civiles». La sentencia de primera instancia, estimó sustancialmente la demanda y desestimó todas las reconvencciones, de suerte que acordó el cese de la importación de ron Bacardí. Recurrída dicha sentencia en apelación se estima el recurso. Contra la sentencia de apelación recurre en casación la demandante-reconvenida (Bacardí España). (O. M. B.)

64. Contrato de seguro: consentimiento contractual y la ausencia de prórroga del artículo 22 LCS.—La dudosa redacción de las cláusulas de renovación de pólizas de seguros de vida, unida al incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 22 de la Ley de contrato de seguro sobre oposición a la prórroga del contrato, y a la realización de actos tales como el pago voluntario de las primas, permiten afirmar al TS la existencia del consentimiento contractual necesario para la renovación de dichos contratos de seguro (art. 1262 CC), cuando estas circunstancias concurren.

Retraso en la reparación del daño o en el pago de la indemnización: previsión del artículo 20 LCS.—El artículo 20 LCS es una norma general de obligatorio cumplimiento para toda clase de contratos de seguro relativa a la duración de estos contratos y su prescripción. Establece unos intereses disuasorios y sancionatorios dentro de los límites de los intereses de demora para todas aquellas conductas que dificulten la indemnización en los supuestos de retraso por parte de las aseguradoras, siempre que dicho retraso no fuere debido a una causa justificada o no imputable a las mismas. El TS (S de 21 de junio de 2001) considera en este sentido causa justificada la discrepancia entre las partes sobre la determinación exacta de la cuantía a abonar en concepto de indemnización civil, cuando ésta deba determinarse en vía jurisdiccional. (STS de 18 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Doña M.^a A. M. F. y don M. M. F. interponen demanda sobre reclamación de cantidad contra la sociedad *Euroseguros, S. A.*

Admitida a trámite la demanda, el Juzgado de Primera Instancia la estima, condenando a la sociedad demandada al pago de doce millones de pesetas con intereses del veinte por ciento. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la sentencia de instancia. El TS declara haber lugar en parte al recurso de casación, dejando sin efecto la condena al pago de intereses por parte de la aseguradora.

NOTA.—Dentro de la regulación de los seguros sobre la vida y los tipos de interés cabe destacar por su relevancia, a pesar de que en este caso concreto no se aplican, el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación y supervisión del seguro privado, así como su reciente modificación por Real Decreto 996/2000, de 2 de junio. (S. E. M.)

65. Póliza suscrita para la cobertura de accidentes laborales individuales. Infarto de miocardio sufrido durante la actividad laboral. Infracción del artículo 100 LCS.—En un primer grupo de resoluciones (SSTS de 28 de febrero de 1991, 14 de junio de 1994 y 23 de octubre de 1997, entre otras) el infarto de miocardio sufrido por el asegurado durante el desarrollo de su actividad laboral es considerado como accidente cubierto por las pólizas correspondientes, bien porque se había desencadenado como consecuencia de la caída de un vehículo (STS de 28 de febrero de 1991), o de un esfuerzo excesivo (STS de 14 de junio de 1994) o bien porque había surgido en persona sin antecedentes médicos relevantes, como consecuencia de una situación de agobio físico o fuerte estrés. Por el contrario, otro conjunto de sentencias (SSTS de 5 marzo y 15 de diciembre de 1992, 24 de marzo de 1995, 20 de

junio de 2000 y 5 de junio de 2001) niegan que el infarto de miocardio pueda ser incluido entre los accidentes que, según el artículo 100 LCS, pueden considerarse riesgos cubiertos por éste, por cuanto no obedece a causas fortuitas, espontáneas, exteriores, violentas e independientes de la voluntad del interesado, como sería preciso. (STS de 27 de diciembre de 2001; ha lugar en parte.)

HECHOS.—Don C. G. R., como encargado general, suscribe una póliza con la compañía de seguros *Catalana-Occidente, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros* para la cobertura de accidentes laborales individuales. Posteriormente, en agosto de 1980 (esto es, vigente la póliza suscrita con la aseguradora) el asegurado sufre un infarto agudo de miocardio. Doce años después sufre otro infarto de miocardio cuando estaba trabajando, al estibar una carga y arrastrar un palet. El citado incidente cardiopático, le acarrea una situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Como la aseguradora no le indemniza el daño, don C. G. R. decide promover demanda contra la compañía de seguros *Catalana-Occidente* reclamando dicha indemnización más los intereses previstos en el artículo 20 LCS.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a la aseguradora al pago de las costas. Recurrida la sentencia, ésta es confirmada por la Audiencia Provincial, que impone a la entidad apelante las costas de la alzada. El TS acoge parcialmente el recurso de casación interpuesto en lo relativo a los intereses previstos en el artículo 20 LCS.

NOTA.—En la presente sentencia, el TS recurre a la LCS, de 8 de octubre de 1980, ya que el controvertido accidente laboral se produce en 1992 y, en consecuencia, con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de ordenación y supervisión del seguro privado, aprobado por el RD 2486/1998. El citado Reglamento ha sido recientemente modificado por el RD 996/2000, de 2 de junio. (M. C. C. M.)

66. Prescripción. Concepto y aplicación por los tribunales.—La prescripción es una institución fundada en principios de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica. Al no estar basada, por tanto, en principios de estricta justicia, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa, sino cautelosa y restrictiva.

Prescripción. Dies a quo. Interrupción del plazo por sentencia penal.—El *dies a quo* de la prescripción viene determinado por la posibilidad de ejercicio de la acción. En el caso concreto que da lugar a la sentencia analizada, el plazo prescriptivo señalado en el artículo 23 de la Ley de contrato de seguro se inicia el 16 de marzo de 1994, fecha de la sentencia dimanante de la causa penal que había dejado en suspenso el plazo de prescripción por depender de ella la posibilidad de ejercicio de la acción.

Defensa del asegurado en caso de conflicto de intereses con la aseguradora.—La Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado. Sin embargo, cuando quien reclama está

asegurado con el mismo asegurador o existe cualquier otro conflicto de intereses, se permite al asegurador optar y confiar su propia defensa a otra persona.

Costas. Honorarios excesivos. Moderación por los Tribunales. Valor orientativo de las normas colegiales.—Cuando los tribunales imponen las costas a una parte y se establece una minutación exagerada, los Tribunales señalan lo que parece razonable tras haber oído el dictamen del respectivo Colegio. Sin embargo, las Normas colegiales tienen un sentido meramente orientativo sin que vinculen a los Tribunales y Juzgados.

Planteamiento de los gastos de defensa a reembolsar por la compañía aseguradora. Momento procesal.—El pretender demostrar lo excesivo de la minuta del abogado del asegurado debe plantearse en la instancia a través de la prueba pericial.

Novación. Requisitos. Facultad de apreciación: pertenece a la instancia.—La novación nunca se presume y debe constar expresamente, debiendo existir una inequívoca voluntad de novar que no puede inferirse de meras deducciones o conjeturas. El determinar si se cumplen o no dichos requisitos es facultad de la instancia. (STS de 19 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—El 23 de abril de 1988, A. T. F. sufre un accidente con el vehículo que tenía asegurado con la compañía de seguros *L'Abeille Previsora, S. A.* El 28 de abril del mismo año, la citada compañía remite un telegrama al asegurado indicando que, al apreciar una posible alcoholemia, limita su seguro al obligatorio.

La sentencia penal de 16 de marzo de 1994 establece la falta de prueba de la referida alcoholemia en A. T. F. Es de señalar, por otra parte, que antes de la vista del juicio oral, el padre de A. T. F. abona a dos de los perjudicados determinado importe para dejar resueltas por renunciaciones las responsabilidades civiles, estando también presentes en dicho acto A. T. F., su letrado y un representante de la aseguradora.

Posteriormente, A.T.F. interpone demanda contra la compañía aseguradora reclamando el importe de las prestaciones debidas y no satisfechas objeto del contrato de seguro.

La demanda es estimada parcialmente en primera instancia; el recurso de apelación interpuesto por la compañía aseguradora se estima parcialmente modificando únicamente el tema relativo al interés aplicable. La compañía aseguradora interpone recurso de casación. (B. F. G.)

67. Fecha del devengo de intereses. Elusión de la regla *in iliquidis non fit mora.*—Salvo que sean necesarias complicadas operaciones contables de liquidación, o que se contrapongan alegatos que precisen de una proclamación judicial para dirimir entre ellos, el devengo de intereses se produce desde la misma fecha en que se debía el principal —esto es, desde que se proceda a la reclamación por el acreedor—, aunque inicialmente se hubiera reclamado por este concepto una suma mayor y ésta se reduzca o cambie en el proceso.

Acción individual de responsabilidad de los administradores. Procedencia.—Esta acción puede ser interpuesta en reclamación de responsabilidad por las actuaciones del administrador social en cumplimiento de sus deberes

sociales que infieran un daño a acreedores de la sociedad y en las que concurra negligencia grave. Un ejemplo de ello lo constituye la falta de liquidación conforme a las normas legales del patrimonio social en caso de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia (SSTS de 4 y 26 de noviembre de 1991 y 22 de abril de 1994).

Acción de responsabilidad de los administradores. Plazo de prescripción.—Conforme a reiterada jurisprudencia (fijada por la STS de 20 de julio de 2001), el plazo de prescripción de las acciones individual y social de responsabilidad de los administradores de sociedades es el establecido por el artículo 949 CCO (cuatro años), en lugar del que dispone el artículo 1902 CC (un año). Tal afirmación se basa en tres motivos: en primer lugar, la remisión que realiza el artículo 943 CCO al Código civil queda condicionada a la inexistencia en el Código de comercio de una norma que fije un plazo determinado, pero tal remisión no es aquí necesaria, puesto que el artículo 949 CCO lo fija para este caso; en segundo lugar, la acción individual de socios o de terceros aparece regulada en normas mercantiles (arts. 135 LSA y 13.2 LSRL), por lo que su complemento ha de buscarse en el Código de comercio, no en el civil; finalmente, la norma recogida en el artículo 1902 CC se adecua menos al supuesto de la acción de responsabilidad de los administradores que la del artículo 949 CCO, siendo ésta, pues, preferente. **(STS 30 de noviembre de 2001; no ha lugar.)**

HECHOS.—Con el producto de la reventa a terceros de unos bienes suministrados por *Gallega de Alimentación S. A.*, el administrador único de *Granja Depablo S. L.* procede al pago de determinadas deudas de la sociedad, entre las cuales no se cuenta la contraída con la sociedad suministradora por razón del mencionado suministro. Inmediatamente después, *Granja Depablo S. L.* cesa en su actividad y abandona su domicilio social.

Gallega de Alimentación S. A. interpone demanda frente a *Granja Depablo S. L.* y frente al administrador único de la misma en reclamación de la cantidad adeudada y en ejercicio de la acción individual de responsabilidad frente a este último. La demanda es estimada parcialmente en primera instancia, declarándose la responsabilidad solidaria para el pago de la deuda de ambos demandados. Este fallo es recurrido por los demandados, adhiriéndose al recurso la demandante. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y rebaja la cantidad adeudada. Los demandados interponen recurso de casación, que es desestimado por el TS. (A. M. M.)

68. Sociedad anónima. Responsabilidad de los administradores ex artículo 262.5 TRLSA.—En el artículo 262.5 y DT 3.ª, ambas del vigente TRLSA de 1989, la responsabilidad solidaria que se impone a los administradores no requiere más que la prueba de los hechos que son presupuesto de la efectividad de la sanción legal; es una responsabilidad *ex lege* la que contienen aquellos preceptos (S de 29 de abril de 1998). En cambio, la responsabilidad incardinada en el artículo 133 TRLSA no nace hasta que no se haya probado el daño directo a acreedores y socios por la conducta de los administradores.

Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores.—Los recurrentes plantean la cuestión de la prescripción de la acción de responsabilidad contra los mismos, combatiendo el criterio de la Audiencia y manteniendo que es el de un año, dada la naturaleza extracontractual de aquella responsabilidad.

El texto legal vigente (arts. 133, 265.2 y DT 3.ª), lo mismo que el anterior de 1951 (art. 81, correspondiente sólo al actual art. 133), guardan silencio en torno al plazo de prescripción de la acción contra los administradores. La doctrina de esta Sala, respecto a acciones u omisiones de los mismos encuadrables en el artículo 81 LSA de 1951 (hoy art. 133 TRLSA de 1989) se inclina por la aplicación del plazo prescriptivo de la acción basada en la responsabilidad extracontractual y no el de cuatro años del artículo 949 CCO (SS de 11 de octubre de 1991, 21 de mayo de 1992 y 31 de enero de 2001; S de 22 de junio de 1995, que acoge el art. 944 CCO). En cambio, cuando aplica la sanción de los administradores establecida en el artículo 262.5 TRLSA de 1989, aplica el plazo de cuatro años del artículo 949 CCO (SS de 29 de abril y 2 de julio de 1999), distinguiendo la S de 2 de julio de 1999 entre supuestos de responsabilidad extracontractual incardinados en el artículo 133 TRLSA, y otras responsabilidades derivadas de la gestión social, sujetas al susodicho plazo de cuatro años. En ellas entiende esta Sala que se incluye no sólo la del artículo 262.5 sino también la que nace del incumplimiento por los administradores de la obligación de adaptación de los estatutos sociales a la nueva legislación, consignada en la DT 3.ª TRLSA.

La proyección de esta doctrina jurisprudencial a la sentencia recurrida lleva al Tribunal a confirmar la desestimación de la prescripción de la acción mantenida por los recurrentes, porque si bien el plazo de cuatro años de duración no es correcto frente a la responsabilidad fundada en el artículo 135 TRLSA, sí lo es en cuanto que también se funda en el artículo 262.5 y DT 3.ª del mismo texto legal. (STS de 26 de octubre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—*Hierros y Acero Garay, S. A.* demandó por las normas del juicio declarativo de menor cuantía a *Martín Errasti y Compañía S. A.*, a doña A. C. E. y a don V. C. A., estos dos últimos en calidad de administradores de la sociedad demandada. Solicitaba la actora en su demanda la condena de los demandados a que le pagasen la suma de 7.159.044 pesetas, más intereses legales, importe que resta de suministros efectuados a *Martín Errasti y Compañía, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en cuanto a la sociedad demandada, condenándola a pagar a la actora la cantidad de 6.101.821 pesetas, y la desestimó respecto a los administradores, estimando que había prescrito la acción de responsabilidad contra ellos.

La sentencia fue apelada por la actora, y la Audiencia confirmó la misma en cuanto a la condena de *Martín Errasti y Compañía, S. A.* pero revocó la absolución de los administradores demandados por considerar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contra ellos duraba cuatro años, condenándolos solidariamente con la sociedad demandada.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto un único recurso de casación don A. C. E. y don V. C. A. (*A. G. B.*)

DERECHO PROCESAL

69. Propiedad industrial: marcas, nombre comercial y rótulos: competencia jurisdiccional.—En el presente proceso se basó la demanda en la titularidad de un nombre comercial y de dos marcas frente al demandado que utilizaba una marca y un rótulo de establecimiento; es decir, se trata de derechos de propiedad industrial regulados en la Ley 32/1998, de 10 de noviembre, de marcas; esta Ley dispone en su artículo 40 la remisión a las normas procedimentales del título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes, cuyo artículo 125.2 dispone que será competente el Juzgado de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser destinado uno con carácter permanente, donde hubiere varios, por el órgano judicial competente.

Capitalidad o sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias.—No es tan sencillo determinarla como en las demás Comunidades Autónomas. El artículo 7.1 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 dispone que los Tribunales Superiores de Justicia tienen su sede en la ciudad que indiquen sus respectivos Estatutos de Autonomía y, si no la indicaren, en la ciudad en que la tenga la Audiencia Territorial existente en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, cuando no exista, en la capital de la Comunidad Autónoma. Por lo que en su aplicación a Canarias es de ver: 1.º El Estatuto no indica la ciudad en la que tiene su sede, se refieren al mismo los artículos 24 ss., pero sin indicar la capitalidad; 2.º La ciudad en que tenga su sede la Audiencia Territorial que existía antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial era Las Palmas de Gran Canaria; 3.º La capital de la Comunidad Autónoma, es compartida por las ciudades de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria. La cuestión no la resuelve el artículo 2.4 de la Ley de Demarcación y Planta, que dispone, tienen jurisdicción limitada a la provincia de Las Palmas las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que tienen su sede en Las Palmas de Gran Canaria, y a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, las que tienen su sede en Santa Cruz de Tenerife. De este texto se deduce que varias de las Salas del Tribunal Superior de Justicia (aunque no la Sala de lo civil y de lo penal) tienen jurisdicción en la provincia de Las Palmas o en la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, pero no que la sede del Tribunal se halle en la ciudad de Las Palmas o de Santa Cruz. Por tanto la cuestión se reduce, como única solución, a la sede de la Antigua Audiencia Territorial y ésta es Las Palmas de Gran Canaria.

Competencia objetiva y funcional: mala fe procesal del recurrente.—Haciendo abstracción de la mala fe procesal y de la falta de ética que supone que la misma parte demandante que presentó la demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife, niegue ahora la competencia objetiva de este Juzgado que él mismo eligió, es ineludible estimar el motivo. La competencia objetiva determina cuál es el Juzgado que debe conocer en primera instancia por razón de la materia o por razón de la cuantía, un concreto asunto. A su vez, ésta da lugar a la competencia funcional, que determina qué Tribunal debe conocer de los sucesivos recursos de carácter devolutivo. La competencia objetiva y la funcional son presupuestos de la relación procesal que, si fallan, no puede tenerse aquélla como bien constituida y debe

ser así declarado, decretándose la nulidad de todo lo actuado, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda. En este sentido se pronunció la STS de 23 de enero de 1990, en un caso también de propiedad industrial, negando que pudiera considerarse como cuestión nueva la suscitada en el recurso de casación. (STS de 21 de diciembre de 2001; ha lugar.)

NOTA.—Notable sentencia (Pte.: O'Callaghan Muñoz) por la singularidad del caso y por alguna de sus características más llamativas. 1.º) De todos son conocidos los graves problemas planteados en las CCAA pluriprovinciales a la hora de distribuir equitativamente las sedes de los distintos órganos autonómicos, agravados en las Islas Afortunadas por su insularidad y la existencia de los Cabildos. Las serias dudas que subsisten a la hora de determinar la sede de su Tribunal Superior de Justicia ¿no justificaría una demanda de indemnización de daños contra el órgano legislativo causante de aquéllas? La obligación de reiterar el proceso aquí contemplado tiene una cuantificación de gastos fácilmente determinable. 2.º) Se declara contundentemente la mala fe procesal de uno de los litigantes, mala fe que queda sin sanción; peor aún, que produce el efecto de someter al otro litigante al —vituperado por la misma Sala 1.ª— *peregrinaje de jurisdicciones* (así en cuestiones dudosas en razón a la jurisdicción competente, de responsabilidad extracontractual de Administraciones públicas que suelen calificarse de derecho transitorio). ¿Hubiera cabido, al menos, excepcionalmente una condena al recurrente doloso al pago de todas las costas causadas? ¿Hubiera sido equitativa entrar a resolver sobre el fondo, superando la cuestión competencial con base en la constatada mala fe de uno de los litigantes? (G. G. C.)

70. Cómputo de plazos. Artículo 5 CC.—Es doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 22 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1990, 15 de septiembre de 1992, 13 de julio de 1994 y 13 de enero de 1997) que el plazo al que se refiere el artículo 5 CC es un plazo de caducidad de naturaleza civil, no procesal.

Plazo para interponer el recurso de revisión. Prueba del *dies a quo*.—Según reiterada jurisprudencia (SSTs de 17 de julio de 1996 y 15 de febrero y 10 de mayo de 2001), el *dies a quo* del plazo de caducidad del recurso de revisión ha de probarse con precisión por el recurrente. (STS de 16 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Como resultado de un accidente de tráfico, un trabajador de la entidad mercantil *COPEINSA* interpone demanda de responsabilidad frente a la misma, reclamando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. En la demanda se hace constar el domicilio social de la demandada que no se correspondía con el actual, aun cuando parece ser que el demandante conocía tal domicilio, puesto que así constaba en una demanda anterior de dicho sujeto contra la misma entidad. Por este motivo, el procedimiento es tramitado en rebeldía de la demandada, estimando el Juzgado de Primera Instancia la demanda.

De forma paralela, el accidente de tráfico provoca la incoación de diligencias previas, que se transforman en juicio de faltas, con resultado final de sobreseimiento. En este juicio, la compañía aseguradora *MAPFRE, S. A.* abona al trabajador una suma en concepto de indemnización.

COPEINSA formula demanda de recurso extraordinario de revisión de la sentencia dictada en primera instancia en el juicio sobre responsabilidad civil, solicitando la rescisión total de la sentencia impugnada. El TS declara no haber lugar al recurso. (*A. M. M.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LVI, 2003

FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Págs.</i>
Estudios monográficos	
Juan B. VALLET DE GOYTISOLO: «El sistema estructural y funcionalmente considerado»	5
Antoni VAQUER ALOY: «Testamento, disposiciones a favor del cónyuge y crisis del matrimonio»	67
Pablo DE LORA: «¿Ser o no ser? El misterioso caso de los “embriones supernumerarios”»	101
Juan José GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO: «Duraciones procesales en los Tribunales civiles»	139
Estudios jurisprudenciales	
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ: «La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica»	167
Bibliografía	
LIBROS	
DANOVI, Remo: «Essais sur la déontologie», por M. ^a Sara Rodríguez Pinto	231
OLIVEIRA ASCENSAO, José de: «Direito Civil. Teoria Geral», por Luis Humberto Clavería Gosálbez	232
PARRA LUCÁN, M. ^a Ángeles: «Vías pecuarias y propiedad privada», por M. ^a Elena Sánchez Jordán	235
RUDA GONZÁLEZ, Albert: «El contrato de cesión de suelo por obra», por Beatriz Fernández Gregoraci	239
SANTOS MORÓN, María José: «El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC I/2000», por José Manuel de Torres Perca	244
VV. AA.: «Revitalizing the Institution of Marriage for the Twenty-First Century. An Agenda for Strengthening Marriage», por Regina Gaya Sicilia	251

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 257

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Marina PÉREZ MONGE: «Préstamo usuario y garantía hipotecaria.
(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio
de 2001)» 295

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ. Colaboran: Josep
Maria BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA,
Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GRE-
GORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICI-
LIA, Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Carmen JEREZ
DELGADO, Javier LARENA BELDARRAIN, Andrea MACÍA
MORILLO, Óscar MONJE BALMASEDA, Albert RUDA
GONZÁLEZ, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BER-
NAUS, Montserrat VERGÉS VALLS-LLOVERA 317

