

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LVI, FASCÍCULO II

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

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>
In memoriam	
José Puig Brutau (1909-2003), por Juan B. VALLET DE GOYTISOLO.	405
Estudios monográficos	
Esther GÓMEZ CALLE: «La Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid»	411
Juan José GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO: «El impacto de la Ley de enjuiciamiento civil en el funcionamiento de los Tribunales civiles: valoración de los abogados habitualmente ejercientes»	465
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad»	487
Eduardo ESTRADA ALONSO: «La fianza aseguradora»	599
Carmen JEREZ DELGADO: «La inscripción constitutiva a debate»	675
Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Marta REQUEJO ISIDRO	689

Bibliografía

LIBROS

- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución», por Susana Espada Mallorquín 711
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: «Derecho privado europeo», por Beatriz Fernández Gregoraci 717
- VV. AA. (dirigidos por Ángel Carrasco Perera): «El derecho de consumo en España: presente y futuro», por Ana Laura Cabezuelo Arenas 723

REVISTAS EXTRANJERAS

- Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ 729

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado civil (año 2002)

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE 779

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Carmen JEREZ DELGADO: «Aproximación a la buena fe exigible a un acreedor. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2002)» 799
- Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «La responsabilidad del propietario-arrendador y del arrendatario-subarrendador por la extinción del subarriendo: la consolidación de una doctrina jurisprudencial. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2002)». 811
- Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)» 829

SENTENCIAS

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, Rosario DÍAZ ROMERO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA 849

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 II
Abril-junio, 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: 0210-301X
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.

José Puig Brutau (1909-2003)

El veinticuatro de junio falleció, a los noventa y cuatro años de edad, José Puig Brutau, uno de los grandes juristas del siglo xx.

Fue abogado del Iltre. Colegio de Barcelona, académico numerario de la Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de Catalunya, profesor en 1956 y 1971 de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, autor, entre otras valiosísimas obras, de los *Fundamentos de derecho civil*, que abarcaron trece volúmenes con su *Introducción al derecho civil*, 1980, y alcanzaron tres ediciones, la primera 1953-1956, la segunda 1971-1983 y la tercera iniciada en 1983; y un *Compendio de derecho civil* a cuatro tomos, 1987-1990.

Puig Brutau, perfecto conocedor del derecho alemán, el inglés y el angloamericano, comenzó traduciendo los cuatro primeros volúmenes del *Tratado de derecho civil*, de Enneccerus, y nunca dejó esa tarea traductora de obras que merecían ser conocidas en todos los países de habla hispana y autores tan importantes como Philipp Heck, Rolf Serick, Gustav Bohemer, Roscoe Pound, Karl Nicker-son Lewellyn, Fuller y Perdue, Jerome Frank, Otto Bruxiin, Leovinger, algunos de ellos enriquecidos por el mismo Puig Brutau con notas de derecho español, como *El derecho a través de la jurisprudencia, su aplicación y creación*, de Gustav Bohemer; con un prólogo como *El problema de la creación del derecho*, de Heck; *Una introducción a la lógica jurídica*, de Leovinger; *la Belleza del derecho*, de Lewellyn; o con comentarios como *Indemnización de daños contractuales y protección de la confianza*, de Lon L. Fuller y William R. Perdue, y *La influencia del derecho europeo en el Common Law*, de Jerome Frank, o con un sustancioso estudio preliminar como el dedicado a *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, de Roscoe Pound. Todas estas introducciones, prólogos y estudios preliminares tienen un gran valor para conocer y situar al autor y comprender la obra. De algunos de ellos he sacado mucho fruto en mis estudios de *Metodología*. Sus comentarios de derecho español a *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, de Rolf Seric, incluso igualan en extensión y superan en interés la obra original.

Se dio a conocer Puig Brutau como autor, colaborando con Ramón María Roca Sastre en unos temas ciclostilados para la oposición entre notarios del año 1947, publicados en Madrid, en 1948, por Editorial Revista de Derecho Privado, con el título *Estudios de derecho privado*, en dos volúmenes: I *Obligaciones y contratos* (en los que colaboró en los capítulos I, II, IV a IX y XII a XIV) y II *Sucesiones* (en el que colaboró en el capítulo IV, *Naturaleza jurídica de las legítimas en derecho común y en el foral*).

Sus libros monográficos más sobresalientes son: *Estudios de derecho comparado*, *La doctrina de los actos propios* (1951), prologado por Ramón María Roca Sastre, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, *Interpretación creadora y arbitrio judicial* (1931), *Diccionario de acciones en derecho civil* (1984), *Caducidad y prescripción extintiva* (1986), *Los políticos y el conocimiento de la historia* (1993). Tiene además numerosos e importantes estudios monográficos publicados en revistas y obras colectivas españolas y extranjeras.

Sus *Fundamentos de derecho civil* han constituido en esta materia el tratado más valioso en el aspecto práctico para uso de abogados, notarios y jueces en España y en Puerto Rico. Destacan en él su manera de proyectar la luz de principios y normas legales y jurisprudenciales a la problemática vivida, así como su empleo matizado del derecho comparado y de la jurisprudencia judicial, no como mera noticia, sino con un sentido metodológicamente realista y práctico. Él ha sido el primero —después seguiría ese mismo camino Luis Díez Picazo— en analizar las sentencias con la virtud de diferenciar claramente lo que constituye jurisprudencia, invocable como tal, y lo que es simple doctrina sin valor decisorio. Es decir, lo que son *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Expresiones que él fue el primero que las utilizó en España, aunque la Sala 1.^a del Tribunal Supremo diferenciaba lo dispositivo y lo meramente considerado en sus sentencias, pero sin darles esos nombres, tomados de la doctrina inglesa.

El año 1995, la *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, en homenaje suyo, le dedicó el número 3 de su volumen 64. De los trece estudios monográficos que contiene de autores portorriqueños y españoles, los tres primeros se refieren a la personalidad del mismo Puig Brutau. Uno del Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Antonio García Padilla, *José Puig Brutau en la comunidad jurídica puertorriqueña*; otro del abogado y profesor barcelonés Luis Ribó Durán, nieto del insigne Durán y Bas, *La última asignatura: Puig Brutau y el estudio del*

derecho civil, y otro mío, *El pensamiento de José Puig Brutau en torno de la determinación judicial del derecho*.

Creo que, a la par de nuestra vieja amistad, hubo una recíproca comprensión entre nosotros. Una muestra de ella es que, después de que me ocupara del tema de su consideración de la jurisprudencia judicial como fuente del derecho, en el primer volumen de *Metodología de la determinación del derecho*, él me telefoneó pidiéndome permiso para que la Universidad de Puerto Rico lo recogiera en el número de su Revista que entonces proyectaba en homenaje suyo. Me dijo que el indicado texto le había ayudado a entenderse mejor. Yo le ofrecí redactarlo de nuevo en forma de artículo y añadiéndole algo que había escrito también de él en el segundo volumen de la misma *Metodología*, entonces un curso de edición. Así elaboré yo el artículo antes referido.

Como contrapartida, debo decir que no hace mucho el actual presidente de la Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de Catalunya, Robert Follià, en una cena, estando yo presente, contó cuánto le había costado entender mis *Apuntes de derecho sucesorio*, cuando opositaba, y que sólo llegó a entenderlos bien cuando Puig Brutau, en los tomos que dedicó al derecho de sucesiones, recogió y se sumó a mis opiniones.

Pienso que merece la pena que repita algo acerca de cuál fue la consideración que Puig Brutau tuvo de la jurisprudencia de los tribunales considerándola como fuente del derecho, conforme tituló una de sus más importantes monografías.

Lo que sostiene Puig Brutau a este respecto se descompone en dos cuestiones diferentes que he tratado de distinguir, mostrar y analizar separadamente.

Una se refiere al significado de la sentencia como *concreción* del derecho —como lo que es justo en el caso concreto enjuiciado— determinándolo específicamente, y la otra referente a la consideración que merece la doctrina jurisprudencial a través de los precedentes.

Acerca de la segunda cuestión, Puig Brutau concluye centrando su examen en el análisis de las siguientes proposiciones que él formula de esta forma:

1.^a La normatividad no siempre está incorporada a disposiciones redactadas con las palabras fijas y taxativas de un precepto legal. Tratándose de los tribunales de justicia, lo decisivo consiste más «en lo que hacen» que «en lo que dicen», «en el ejemplo de cómo el derecho alcanza la justicia de cada caso», citando palabras de Helen Silving.

2.^a La normatividad no es un efecto exclusivo de las normas formuladas con carácter abstracto y general. Al contrario, el derecho civil precisamente –arguye– «nació impulsado por el valor normativo de los casos concretos y lo que está en su base es la lógica de la situación derivada de los casos resueltos». Sin embargo, en ese sistema del precedente, al seguir a Patterson postula que cometen un error los que pretenden fundarse en la particularidad de los casos, olvidando que «lo que verdaderamente hay de real en ellos no es cada decisión aisladamente considerada, sino el carácter general de la razón que permitió resolverlo».

A mi entender, Puig Brutau considera la jurisprudencia como fuente del derecho en el sentido de que constituye el medio por excelencia de concreción del derecho en casos de conflicto, *quod iustum est*. Y se obtiene, de una parte, en cuanto, *el derecho crece y evoluciona en manos de los prácticos y al compás de las nuevas necesidades ya que la interpretación supone muchas veces una verdadera actividad creadora*. Ciertamente, *concreta los principios generales y todo el derecho que la ley no agota en la solución del caso concreto planteado*.

Observa que ese valor de la jurisprudencia judicial dimana de que, en primer lugar, «la normatividad no siempre está incorporada a disposiciones redactadas con palabras fijas y taxativas de un precepto legal», y, en segundo lugar, «la normatividad no es un efecto exclusivo de las normas formuladas con carácter abstracto y general».

Por otra parte, también centra la interpretación en la norma pero con referencia al caso concreto, y explica que la norma jurídica «está formada por un supuesto de hecho o hipótesis de aplicación y por la previsión de las consecuencias que han de producirse»; y advierte que, excepto en los casos muy simples, «lo que pretende ser una sencilla y maquinales operación silogística, en realidad es un proceso complejo que consta de varias fases que ofrecen peculiares dificultades».

En esa perspectiva, si bien considera que la interpretación centrada en las normas jurídicas depende de la determinación exacta de su sentido, enseguida advierte que, «junto a este significado estricto [la averiguación del sentido estricto de las palabras], la función interpretativa tiene un sentido más amplio como averiguación de todo lo que tiene valor normativo». Y añade que, en relación a los hechos que el legislador no pudo prever, el intérprete «ha de fabricar una pieza que el legislador no pudo tener en cuenta, pero que precisamente ha de encajar en el sistema existente».

Por eso entiende que la «interpretación progresiva» tiene plena razón en relación con textos que proceden de un pasado, a veces remoto, y ha de aplicarse a condiciones de vida muy diferentes de las que prevalecían cuando fueron promulgados. En este caso –señala– debe tenerse en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

Creo sinceramente que Puig Brutau, como yo mismo, comprendió que la interpretación no se circunscribe a la intelección de la ley –operación parcial con la cual frecuentemente se la confunde– sino que conforme su etimología –*interpretatio* que viene de *interpre*– consiste en una mediación entre el derecho –que no se reduce a la ley– y tiende a dotar de forma justa en el hecho concreto que se examina. Y es así porque en el juicio de lo justo, el hecho y el derecho están entreligados inseparablemente. Por esto *interpre iuris* era quien «explicaba el derecho»: ese derecho que se descubre profundizando jurídicamente en el sentido del hecho del caso.

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

La Ley 11/2001, de 19 de diciembre,
de uniones de hecho de la
Comunidad de Madrid *

ESTHER GÓMEZ CALLE
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La Ley 11/2001 desde el punto de vista de la competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia de legislación civil.*—III. *Los requisitos para la constitución de la unión de hecho.* 1. La convivencia en pareja. 2. La inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho. 3. Requisitos personales. 4. *¿Quid de las uniones de hecho que queden fuera del ámbito de aplicación de la LUHM?*—IV. *La inscripción y acreditación de la unión de hecho.*—V. *La regulación convencional de la convivencia.* 1. Los pactos reguladores de la convivencia: requisitos formales, contenido posible y límites. 2. En particular, las compensaciones económicas para el caso de cese de la convivencia. 3. La contribución al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho. 4. La eficacia *inter partes* de los pactos y su inscripción.—VI. *La extinción de la unión de hecho.*—VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

A falta de una ley estatal reguladora de las uniones de hecho, son muchas ya las Comunidades Autónomas que han promulgado su propia normativa al respecto. La primera fue Cataluña, con la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja ¹ (en ade-

* Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación «La problemática de las parejas de hecho», dirigido por el Catedrático de Derecho civil Dr. D. José María Miquel González, concedido por la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid (Código 06/0024/2001) para el año 2002.

¹ BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

lante, LUEP), a quien siguieron Aragón –con la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas² (LPENC)–, Navarra –Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables³ (LFIJPE)–, Valencia –Ley 1/2002, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho⁴ (LUHV)–, Madrid –Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho⁵ (LUHM)–, Islas Baleares –Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables⁶ (LPEB)–, Asturias –Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables⁷ (LPEA)– y Andalucía –Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho⁸ (LPHA)–. Y el proceso no ha concluido; el Gobierno vasco aprobó el pasado 3 de diciembre de 2002 su proyecto de Ley de Parejas de Hecho, y tanto en Extremadura como en Castilla-La Mancha, el PSOE, gobernante en mayoría, ha prometido legislar en la materia^{9, 9 bis}.

Todas las leyes autonómicas referidas, aparte de ir precedidas de un preámbulo en el que se apuntan las razones que, a juicio del respectivo legislador, justificaban la promulgación de la normativa en cuestión, coinciden en regular determinados aspectos de la unión de hecho: en concreto, se delimita el tipo de unión que queda dentro del ámbito de aplicación de la ley de que se trate, se fijan sus requisitos personales y las causas que determinan su extinción; se regula, en su caso, su inscripción en el correspondiente Registro de Uniones de Hecho –o denominación equivalente– de la Comunidad, y se incluyen ciertas reglas administrativas o de Derecho público. Es en cuanto se refiere a los efectos de la convivencia y de la ruptura de la unión desde el punto de vista civil en donde se registran las mayores diferencias entre las distintas leyes; así, algunas regulan con todo detalle tales cuestiones, al punto de poder decirse

² BOA núm. 39, de 6 de abril de 1999.

³ BON núm. 82, de 7 de julio de 2000.

⁴ BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2001.

⁵ BOCM núm. 2, de 3 de enero de 2002.

⁶ BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002.

⁷ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002.

⁸ BOJA núm. 153, de 28 de diciembre de 2002.

⁹ Vid. al respecto la información publicada en el diario *El País*, el 4 de diciembre de 2002, p. 31.

^{9 bis} Algunas de estas nuevas leyes han sido promulgadas estando en prensa este artículo, por lo que no se han podido tomar en cuenta en el presente estudio. Se trata en concreto de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC de 19 de marzo de 2003), la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2003), y la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las pareja de hecho en el País Vasco (BOPV de 23 de mayo de 2003); el artículo 8 de esta última ley (que permite expresamente a las pareja homosexuales adoptar) ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, admitido a trámite por providencia del TC de 7 de agosto de 2003 (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2003).

que establecen un régimen casi paralelo al matrimonial, y que la unión de hecho aparece prácticamente configurada como un «segundo tipo» de matrimonio; es el caso de las Comunidades que, como Cataluña, Aragón, Navarra y Baleares, contaban con Derecho civil foral o propio compilado al promulgarse la Constitución y cuya competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo era, por tanto, incuestionable en virtud del artículo 149.1.8.^a CE (con lo que no quiero decir que, de acuerdo con el referido precepto constitucional, la competencia de esas Comunidades Autónomas para regular las uniones de hecho tal y como lo han hecho no ofrezca dudas ¹⁰). Otras leyes autonómicas son mucho más modestas y se centran sobre todo en la regulación de los posibles pactos entre quienes conviven de hecho; es el caso de la ley madrileña que va a ser objeto de este comentario, además del de las leyes de Valencia, Asturias y Andalucía, Comunidades todas ellas cuya competencia para regular esta materia desde el punto de vista civil resulta harto dudosa.

Así, en las páginas que siguen comenzaré cuestionando la constitucionalidad de la Ley 11/2001 de la Comunidad de Madrid desde el punto de vista de las competencias de esta Comunidad en materia de legislación civil, para entrar después en su contenido y analizar, en particular, los presupuestos de las uniones de hecho, los pactos entre convivientes, la inscripción y la extinción de la unión.

II. LA LEY 11/2001 DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID EN MATERIA DE LEGISLACIÓN CIVIL

1. El punto de partida obligado en esta cuestión es el artículo 149.1.8.^a CE, que, como es sabido, tras establecer como principio general que la legislación civil es materia de la competencia exclusiva del Estado, deja a salvo «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». De aquí resulta con claridad la competencia en materia civil, dentro de los límites marcados por la referida norma constitucional, de aquellas Comunidades que contaran con Derecho civil propio compilado al momento de promulgarse la Constitución, siempre, claro está, que hubieran asumido esa competencia en sus respectivos Estatutos de Autonomía

¹⁰ Sobre la cuestión puede consultarse la reciente monografía de RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*. Valencia, 2003.

(art. 149.3, inciso segundo, CE). Pero, tal y como ha declarado el TC (Sentencia 121/1992, de 28 septiembre), la competencia autonómica sobre derechos civiles forales alcanza «también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución...»¹¹.

Ni que decir tiene que la Comunidad Autónoma de Madrid no contaba al momento de promulgarse la Constitución con Derecho civil foral, ni compilado ni consuetudinario, y, consecuentemente, su Estatuto de Autonomía no asume competencia alguna en materia de legislación civil¹². De ahí que no quepa duda acerca de la *falta de competencia de dicha Comunidad en esta materia*¹³. Lo que ahora hay que preguntarse es si la Ley madrileña 11/2001 contiene normas civiles pues, en caso afirmativo, habría que concluir que, de acuerdo con lo expuesto, las mismas serían inconstitucionales.

En mi opinión, éste es el caso del artículo 4 LUHM, relativo a la regulación de la convivencia mediante pactos entre los miembros de la unión de hecho, su posible contenido, sus límites y sus efectos, la eventual fijación de una compensación económica y su necesaria sujeción a las circunstancias previstas en el artículo 97 CC, así como el sostenimiento de las cargas de la unión. También es el caso del artículo 5 LUHM, en cuanto complementa al anterior regulando la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid de los referidos pactos de convivencia, cuya relevancia a los efectos civiles es indudable. Otros preceptos de la misma ley que se relacionan con éstos en la medida en que delimitan las uniones de hecho a las que es de aplicación la LUHM, fijan sus requisitos y causas de extinción y regulan su inscripción, aún tendrían vigencia en cuanto sean de aplicación referidos a las normas administrativas contenidas en los artículos 8 y 9 LUHM (que reconocen a los miembros de las uniones de hecho los mismos beneficios res-

¹¹ Este razonamiento permitió al TC mantener la constitucionalidad de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, relativa a los Arrendamientos Históricos Valencianos, y promulgada por la Generalidad valenciana, por referirse al Derecho consuetudinario existente en tal Comunidad.

¹² En cuanto a Valencia, cuyo Estatuto de Autonomía (art. 31) sí que asume la competencia exclusiva sobre «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano» pese a que la Comunidad no contaba con Compilación de Derecho civil al promulgarse la Ley Fundamental, resulta hartamente dudoso que contara con normas civiles consuetudinarias relativas a las uniones de hecho. Y lo mismo puede decirse de Asturias, cuyo Estatuto autonómico (art. 16) establece que el Principado «impulsará la conservación y, en su caso, la compilación del Derecho consuetudinario asturiano», cuando lo cierto es que (como destacan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. I, p. 92) en dicha Comunidad nunca existió un Derecho civil foral, por lo que la citada regla no puede referirse a él. En línea similar, *vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, pp. 38 a 41.

¹³ En este sentido se pronuncian también LÓPEZ AZCONA, *La ruptura*, p. 134, y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, p. 38.

pecto de la Función Pública y los mismos derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho público para los miembros de parejas casadas).

2. Tenemos, pues, que la falta de competencia de la Comunidad de Madrid en materia de legislación civil basta para justificar la inconstitucionalidad de las normas civiles contenidas en la LUHM¹⁴,¹⁵. Pero es que, además, aunque el caso hubiera sido otro y la Comunidad hubiera sido competente a los efectos que aquí interesan, no podría perderse de vista que, de acuerdo con el segundo inciso de la regla 8.ª del artículo 149.1 CE, existen determinadas cuestiones civiles que son competencia exclusiva del Estado *en todo caso*; y parece que la LUHM toca alguna de ellas.

2.1 Entre las reglas que son de competencia estatal en todo caso figuran las relativas a las *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*. Aunque con esta base se ha defendido razonablemente que compete al Estado regular «las formas de convivencia estable que se presentan como alternativas a la matrimonial»¹⁶, es ésta una observación que se ha hecho especialmente en relación con aquellas leyes autonómicas que han regulado las uniones de hecho de un modo tan exhaustivo que las mismas aparecen configuradas como un nuevo tipo de matrimonio, respecto del cual –se dice– la constitución y requisitos de capacidad, los derechos y deberes recíprocos y las causas de disolución deberían reglarse de forma unitaria por el Estado¹⁷. Mas no es ése el caso de la ley

¹⁴ El diario *El País*, en su edición del pasado día 5 de diciembre de 2002 (pp. 1 y 4 de la sección *Madrid*) informaba de la admisión a trámite por el TSJ de Madrid, de un recurso contra el «Reglamento de la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad» (querrá referirse, entiendo, al Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid), interpuesto por un partido designado Familia y Vida. Según la publicación, éste considera que tanto el Reglamento como la Ley invaden competencias del Gobierno por tratar cuestiones de Derecho civil que no están transferidas.

¹⁵ Es cierto que buena parte de las pocas reglas civiles contenidas en la LUHM se hacen eco de una jurisprudencia y una doctrina hoy plenamente consolidadas (sobre las que volveré más adelante), que admiten la regulación convencional de la convivencia dentro de ciertos límites y con eficacia *inter partes*; de este modo resulta que también las parejas que queden fuera del ámbito de aplicación de la LUHM por no reunir alguno de sus requisitos constitutivos, pero a las que resulte aplicable aquella doctrina, podrán pactar los efectos patrimoniales de su relación en unos términos muy similares a los previstos en la ley madrileña. Esto no obstante, hay que destacar que algunas de las reglas que recoge dicha ley sí suponen cierta novedad respecto del panorama que hasta ahora ha podido registrarse en la práctica; particularmente, la disposición de que las compensaciones económicas que se pacten por desequilibrio deben tomar en consideración necesariamente las circunstancias contempladas en el artículo 97 CC (art. 4.2 LUHM); a ella cabría añadir la presunción *iuris tantum*, y a falta de pacto, de contribución equitativa al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho por sus miembros (en los términos previstos en el art. 4.3 LUHM).

¹⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, p. 50.

¹⁷ *Vid.*, en este punto, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, pp. 50 y 51; también CORRAL GUJÓN, *RCDI*, núm. 662, 2000, p. 3371, y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *RGLJ*, 2000, núm. 2, p. 193.

madrileña, que prácticamente se limita a establecer unas pocas reglas acerca de la regulación convencional de la convivencia y que, a diferencia de leyes como la catalana, la aragonesa, la navarra o la balear, no regula con carácter general los efectos de la unión mientras dura (por ejemplo, obligación de alimentos, nombramiento de uno de los convivientes como tutor del otro en casos de incapacitación, reglas sobre la disposición de la vivienda común, o responsabilidad de los miembros de la pareja frente a terceros), ni los de su ruptura (compensaciones económicas, pensiones periódicas y derechos sucesorios, entre otros). Desde este punto de vista, por tanto, no parece que la LUHM invada la materia de la competencia exclusiva del Estado a que veníamos refiriéndonos.

2.2 Dentro de dichas materias, el artículo 149.1.8.^a CE incluye también *las reglas relativas a la ordenación de los registros públicos*. Se ha dicho que los Registros de Uniones de Hecho regulados en las diversas leyes autonómicas tienen efectos meramente administrativos, por lo que escaparían de la competencia exclusiva del Estado¹⁸. Este argumento es cuestionable respecto de aquellas leyes en las que la inscripción es un requisito constitutivo de la unión de hecho¹⁹ (como la valenciana –arts. 1.2 y 3.1– o la balear –art. 1.2 *i.f.*–; a la madrileña en particular me referiré en seguida); si la inscripción es constitutiva, ello supone que las reglas, civiles y no civiles, de la ley de que se trate, no serán de aplicación a las parejas de hecho no inscritas, por mucho que, por lo demás, reúnan los requisitos legalmente exigidos a la unión de hecho; y, a la inversa, la inscripción hace que la pareja quede dentro del ámbito de aplicación de la ley en cuestión y que, por tanto, quede sometida a la normativa civil (también la no civil o administrativa) que contenga; la inscripción en estos casos, por tanto, da lugar a efectos civiles y no meramente administrativos²⁰. A este respecto es de destacar cómo algunos legisladores autonómicos sí que fueron conscientes del problema que suscitaría desde el punto de vista constitucional exigir con carácter constitutivo la inscripción en un Registro autonómico; de ahí que, en lugar de ello, la ley catalana,

¹⁸ Pues, como observa O'CALLAGHAN (*CDJ*, 1997, XX, p. 31), la constitucionalidad de los Registros de Uniones de Hecho sólo puede salvarse entendiendo que tienen carácter administrativo y que, por tanto, no inciden en la legislación civil; en el mismo sentido, entre otros, CERVERA SOTO, *RDP*, 2000, p. 214.

¹⁹ En línea parecida, *vid.* LÓPEZ AZCONA, *La ruptura*, p. 134.

²⁰ En este sentido, *vid.* también RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, pp. 52 ss., con amplia cita de autores que ponen en duda la constitucionalidad de aquellas leyes autonómicas sobre uniones de hecho que disponen la inscripción de éstas en el correspondiente Registro (nota 41) (a ellos cabe añadir a CORRAL GUJÓN, *RCDI*, núm. 662, 2000, p. 3386), y de autores que, por el contrario, no la cuestionan por considerar que se trata de registros meramente administrativos (nota 42).

por ejemplo, optara por establecer en su disposición final segunda lo siguiente: «Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente ley, los efectos que ésta les otorga han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban»; esto es, se demora el establecimiento del requisito de la inscripción constitutiva *en el Registro Civil* al momento en que el Estado prevea la inscripción en él de las parejas estables²¹. En el mismo sentido se expresó después la ley navarra, en el segundo párrafo de su disposición adicional. Particularmente cauta en este punto se muestra también la ley aragonesa, que dispone en su artículo 2 que «toda pareja estable no casada deberá ser [...] anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera»; con ello, ni siquiera se establece el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Civil, cuando la misma fuere posible, sino que hay una remisión general a lo que la legislación estatal pueda disponer acerca de la mención de la unión de hecho en el Registro Civil.

Lo que hemos de determinar ahora es cómo se configura la inscripción en la LUHM. De los artículos 1.1 y 3.1 LUHM resulta que la aplicación de la Ley y la producción de los efectos (también los civiles) previstos en dicha normativa respecto de las uniones de hecho se supeditan a la inscripción de la pareja en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. En efecto, el artículo 1.1 LUHM, después de delimitar las parejas a las que la ley es aplicable, añade «siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid»; y, después, el artículo 3.1 LUHM dispone que «las uniones de hecho a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción» en el citado Registro. Parece claro, pues, que se trata de una inscripción *constitutiva*, a la que se supedita la aplicación de las reglas civiles (también las administrativas) que contiene la ley respecto de las uniones de hecho; en consecuencia, *la LUHM habría invadido la competencia exclusiva del Estado en la ordenación de un Registro que tiene efectos civiles y no meramente administrativos*²².

La afirmación que acabo de hacer acerca del carácter constitutivo de la inscripción en la LUHM choca con lo dispuesto en el artículo 9.I Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 134/2002, de 18 de

²¹ Vid. en este sentido MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 187.

²² Parecidamente, LÓPEZ AZCONA, *La ruptura*, p. 134.

julio²³. Según el citado artículo, las inscripciones en dicho Registro «tendrán efectos declarativos sobre la constitución, modificación o extinción de las uniones de hecho, así como respecto de los pactos reguladores de las relaciones económicas»²⁴. En mi opinión, este precepto es contrario a lo que resulta de la LUHM respecto de la constitución (no los demás aspectos mencionados en el artículo 9.I Reglamento) de la unión de hecho, pues si la unión no inscrita no queda dentro del ámbito de aplicación de la LUHM ni produce los efectos previstos en la misma, parece claro que la inscripción no tiene un valor meramente declarativo respecto de las uniones a las que dicha ley es aplicable. Es cierto que las uniones de hecho no inscritas que reúnan las demás características y los requisitos precisados en los artículos 1.1 y 2 LUHM existen al margen del Registro; como tales, podrán dar lugar –en mi opinión– a los efectos admitidos hasta hoy por la jurisprudencia en estos casos, pero serán uniones jurídicamente irrelevantes a los efectos de la LUHM. De modo que, si se prefiere expresar así, la inscripción es requisito *sine qua non* –constitutivo, pues– de las uniones de hecho sometidas a la LUHM.

Es llamativo, no obstante, que la LUHM haya omitido declarar explícitamente que la inscripción tiene carácter constitutivo cuando la LUHV, claro modelo seguido por la ley madrileña, lo dice así expresamente. En efecto, la LUHM reproduce literalmente el Preámbulo y muchos de los artículos de la LUHV (introduciendo tan sólo los ajustes precisos para adecuar lo dicho a la Comunidad Autónoma de Madrid y, en su caso, a su normativa). Pero en lo relativo al Registro hay unas diferencias notables; así, la ley valenciana, tras recoger en el artículo 1.1 una norma casi idéntica al artículo 1.1 LUHM, dispone en el artículo 1.2 que «la inscripción en dicho Registro²⁵ tendrá carácter constitutivo»; y el artículo 3 LUHV, relativo a la inscripción de las uniones de hecho, es en todo igual al artículo 3 LUHM salvo en la primera parte del párrafo 1, según el cual «las uniones a que se refiere la presente ley se constituirán a través de la inscripción en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana...»; la versión madrileña, en cambio, elude referirse directamente al efecto

²³ BOCM núm. 176, de 26 de julio de 2002. Con la aprobación de este Reglamento se cumplía en plazo la disposición final primera de la LUHM, relativa al desarrollo reglamentario de la Ley, al tiempo que quedaba derogado el Decreto 36/1995, de 20 de abril, por el que se había creado anteriormente el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

²⁴ El anterior Decreto 36/1995, de 20 de abril, también atribuía a las inscripciones meros efectos declarativos (art. 5).

²⁵ Cuya denominación técnica en toda la LUHV, incluido su artículo 1.1, es «Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana» (la cursiva es mía).

constitutivo de la inscripción, estableciendo, como ya vimos, que «las uniones a que se refiere la presente ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid...». Sin embargo, por todo lo ya expuesto, no creo que las variaciones introducidas en la LUHM respecto de la LUHV deban conducir a la conclusión de que la inscripción tiene distinto significado en cada una de ellas; me parece claro que en ambos casos la inscripción es un requisito inexcusable para que la unión de hecho sea tal a los efectos de la ley –valenciana o madrileña– y surta los efectos civiles (y no civiles) previstos en sus respectivas normas.

2.3 *Las normas para resolver los conflictos de leyes* constituyen otra de las materias que, en todo caso, es de la competencia exclusiva del Estado en sede de legislación civil (art. 149.1.8.^a CE), y que suele considerarse invadida por las leyes autonómicas sobre uniones de hecho²⁶. En efecto, las leyes de las Comunidades con Derecho civil foral compilado (a excepción de la aragonesa) exigen que al menos uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil de la propia Comunidad al delimitar su respectivo ámbito de aplicación (*vid.* arts. 1.1 *i.f.* y 20.2 LUEP, 2.3 LFIJPE y 2.2 LPEB)²⁷, lo que en principio resulta lógico habida cuenta que es la vecindad civil la que determina la sujeción de la persona al Derecho civil común o al foral (art. 14.1 CC). Las leyes valenciana y asturiana exigen el empadronamiento en la respectiva Comunidad de al menos uno de los convivientes (art. 1.3 LUHV) o de ambos (art. 2 LPEA); la ley andaluza, la residencia habitual en Andalucía de uno al menos de los miembros de la pareja (art. 2 LPHA). Y la ley madrileña dispone que «únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid» (art. 1.2 LUHM).

Con ello, las leyes citadas están determinando unilateralmente su ámbito de aplicación sin tener en cuenta la vecindad civil de uno o incluso de ambos miembros de la pareja. Así, aquellas leyes que se declaran aplicables a las uniones en las que uno de

²⁶ Ampliamente al respecto, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, pp. 56 ss. *Vid.* también, CORRAL GIJÓN, *RCDI*, núm. 662, 2000, pp. 3371, 3372 y 3384 (para quien es clara la invasión de competencias), y, por lo que afecta a la LUEP, MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 173, a quien sigue HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *RGLJ*, 2000, p. 196, apuntando también la dudosa constitucionalidad de la ley desde este punto de vista.

²⁷ La ley aragonesa no contiene regla alguna a este respecto; en su comentario a la misma, MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual*, p. 39) explica que los servicios jurídicos de las Cortes de Aragón consideraron de dudosa constitucionalidad exigir para la aplicación de la ley la residencia de la pareja en Aragón y que al menos uno de sus miembros tuviera vecindad civil aragonesa, precisamente por invadir un campo de la competencia exclusiva del Estado, cual es el de las relaciones interterritoriales de los Derechos civiles españoles.

sus integrantes tiene la vecindad civil de la propia Comunidad, prescinden del hecho de que el otro puede tener una vecindad civil distinta, por cuya virtud estaría sujeto a otro Derecho civil (piénsese, por ejemplo, en una pareja de catalán y navarra)²⁸. La ley madrileña, como es obvio, no podía servirse del criterio de la vecindad civil común, y al optar por el empadronamiento y residencia de uno de los convivientes en la Comunidad (si bien teniendo en cuenta que la convivencia es presupuesto inexcusable de la unión de hecho –art. 1.1 LUHM–, exigir la residencia a uno supone exigírsela a los dos) está ignorando, cuando menos, la circunstancia de que cualquiera de los convivientes o incluso ambos pueden tener una vecindad civil conforme a la cual pudieran quedar en el ámbito de aplicación de otra ley autonómica sobre uniones de hecho; así, *v. gr.*, una unión de hecho entre un catalán y una navarra residentes y empadronados en Madrid, e inscrita en el Registro de Uniones de Hecho de esta Comunidad, queda dentro del ámbito de aplicación de la LUHM de acuerdo con su artículo 1; pero también estaría dentro del ámbito de la ley catalana, sin necesidad de declaración ni de inscripción alguna, si, por ejemplo, hubieran convivido dos años (art. 1.1 LUEP)²⁹, y dentro del ámbito de aplicación de la ley navarra, también sin necesidad de formalidad alguna, si hubieran convivido un año (art. 1 LFIJPE).

El conflicto de leyes en materia de uniones de hecho es, pues, evidente, porque los miembros de la unión son dos y hay que coordinar dos leyes personales que, naturalmente, pueden ser distintas. Ese conflicto sólo puede ser reglado por el Estado (art. 149.1.8.^a CE)³⁰; de ahí el reproche de inconstitucionalidad que también desde este punto de vista puede hacerse a la legislación autonómica de uniones de hecho y, particularmente, a la LUHM.

²⁸ Entiende RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*La legislación*, p. 60) que con ello se está introduciendo implícitamente un factor de interregionalidad que evidencia la inconstitucionalidad de estas leyes. Lo cierto es que la Sala de lo Civil y lo Penal del TSJ de Navarra ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 2.3 LFIJPE por supuesta infracción del artículo 149.1.8.^a CE; la cuestión fue admitida a trámite por providencia del TC de 25 de marzo de 2003 (BOE de 7 de abril de 2003).

²⁹ En contra de lo mantenido por MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual*, p. 40), no creo que la expresión «vecindad civil en Cataluña» empleada por el artículo 1.1 *if.* LUEP pueda interpretarse en el sentido de que se exige la residencia en dicha Comunidad además de la vecindad civil catalana.

³⁰ Señala RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (*La legislación*, p. 61) que, en tanto el Estado no regule las uniones de hecho, deben aplicarse las reglas de Derecho interregional del CC, esto es, el artículo 16 CC; como éste remite al capítulo IV del título preliminar, que, como es obvio, no contempla las uniones de hecho, la misma autora propone recurrir a las reglas que arbitra el artículo 9.2 CC en relación con el matrimonio, para resolver los problemas de ley aplicable en casos de diversidad de leyes personales de los convivientes.

3. Contrariamente a la conclusión a la que aquí se ha llegado, el preámbulo de la LUHM (réplica, con escasas diferencias, del de la LUHV) no duda en afirmar que la ley se sitúa dentro del actual ámbito competencial de la Comunidad de Madrid, tras situar su justificación en el artículo 7 del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad³¹, artículos 14 y 9 CE, y en la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. Las referencias al principio de igualdad y no discriminación son una constante en las exposiciones de motivos de todas las leyes autonómicas sobre uniones de hecho (a excepción de la catalana y la aragonesa)³². No quiero entrar aquí y ahora en el tema, amplísimamente tratado en nuestra doctrina, de si el principio de igualdad y otros preceptos constitucionales (arts. 10, 32 y 39, por ejemplo) reclaman o no la intervención legislativa en materia de uniones de hecho, y qué tipo de intervención sería la preferible³³. Pero, independientemente de que, en mi opinión, la necesidad de legislar –al menos con carácter sistemático y pretensiones de exhaustividad– sea muy discutible por lo que respecta a las uniones heterosexuales (que no por lo que se refiere a las homosexuales, que, a mi modo de ver, sí precisan ser reguladas)³⁴, independientemente de ello, decía, con las referencias normativas

³¹ Que, entre otras cosas, reconoce que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Madrid son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución.

³² En varias de ellas (concretamente, en la navarra, la balear y la asturiana) se invoca también, para justificar la intervención del legislador en esta materia, el derecho de la persona a no contraer matrimonio y a optar por un modelo familiar distinto del matrimonial (arts. 10 y 32 CE), y merecedor de tutela constitucional (art. 39 CE).

Sobre las razones invocadas en leyes y proposiciones legales para justificar una legislación específica de las uniones de hecho, *vid.* CERVERA SOTO, *RD*, 2000, pp. 215 a 218.

³³ Al respecto puede consultarse, *v. gr.*, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, pp. 76 ss.

³⁴ En lo esencial coincido con las tesis defendidas en este punto por PANTALEÓN PRIETO, autor de referencia en las líneas que siguen. Estoy totalmente de acuerdo con él (*Uniones*, pp. 69 y 70) en que debería permitirse a los homosexuales unidos de hecho la institucionalización jurídica de su relación –llámese matrimonio o como se quiera–. Con ello no sólo se estaría atendiendo una justa pretensión de este colectivo, sino que se estaría posibilitando que toda persona que quiera convivir con otra del mismo sexo pueda optar libremente por el modelo de convivencia que desee: el institucionalizado, sujeto a las reglas previstas al efecto, y el no institucionalizado o unión de hecho. Una vez que dicha opción pudiera ser efectiva para todo el mundo, creo con PANTALEÓN (*Uniones*, pp. 71 y 72) que el principio en materia de uniones de hecho debería ser el de no intervención del legislador (*vid.* también las consideraciones de GAVIDIA SÁNCHEZ, *Act. Civ.*, núm. 17, 2001, pp. 642 y 643); el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no contraer matrimonio exigen que quien opte por unirse de hecho en lugar de por una fórmula institucionalizada de convivencia, no se vea «sorpresa» porque se le apliquen las reglas del matrimonio, que consciente y libremente dejó a un lado; todo ello sin perjuicio, como observa también PANTALEÓN (*Uniones*, p. 74), de que a la unión de hecho le sean aplicables las reglas generales de nuestro ordenamiento (por ejemplo, las del enriquecimiento injusto) para dar solución a los problemas de orden patrimonial que entre los convivientes suelen suscitarse en el momento de la ruptura, en el caso de que nada hayan pactado al respecto.

que el preámbulo de la LUHM hace se está obviando la falta de competencia, a mi entender clara en el caso de la Comunidad de Madrid, para regular las uniones de hecho desde el punto de vista civil.

De otro lado, el preámbulo de la LUHM parece conferir a esta normativa un cierto carácter provisional cuando, tras señalar que la regulación de las relaciones que genera la convivencia supondría una extensión del Código Civil a las uniones de hecho, destaca la voluntad de la Comunidad de Madrid de poner sus medios y *sus competencias* al alcance de dichas uniones, para otorgarles un reconocimiento y evitar situaciones de desigualdad, «a la espera de la referida extensión de la legislación civil» (lo que, dicho sea de paso, supone admitir que la LUHM contiene normas civiles); sin embargo, en seguida se apunta la aspiración de que los preceptos de la LUHM «puedan encajar» en la configuración legislativa que de la unión de hecho adopte la ley civil estatal, con la que, por tanto, se pretende pueda convivir la ley autonómica.

III. LOS REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

Tales requisitos resultan de los artículos 1 y 2 LUHM, y pueden ordenarse en tres apartados: 1) La convivencia en pareja, convivencia que, como veremos en seguida, debe reunir ciertas característi-

La falta de respeto al libre desarrollo de la personalidad es, en mi opinión, muy clara en aquellas leyes autonómicas sobre uniones de hecho que son aplicables a determinadas parejas sin contar con la voluntad concorde de sus miembros al respecto, por el solo hecho de haber convivido durante cierto tiempo, y de reunir los demás requisitos legales (de esta opinión es también RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación*, p. 82); éste es el caso de las leyes aragonesa –arts. 1 y 3.1–, catalana –art. 1, relativo sólo a las parejas heterosexuales; el art. 19, referente a las homosexuales, sí exige su voluntad de acogerse a la ley–, navarra –art. 2– y asturiana –art. 3– (las tres últimas también se aplican automáticamente a las parejas estables heterosexuales con descendencia común). Las otras leyes autonómicas, en cambio, sólo se declaran aplicables a aquellas uniones cuyos miembros decidan voluntariamente someterse a ellas mediante la inscripción de su unión en el correspondiente Registro (arts. 1.2 LPEB, 1.1 LUHM y 1.1 LUHV), con lo que la normativa propia de la unión de hecho no se va a aplicar a parejas que no hayan contado con ella; pero cuando esa normativa es prácticamente tan detallada como la del matrimonio (caso de la ley balear), lo que hay que preguntarse es si no estamos en realidad ante un segundo tipo de matrimonio, cuya razón de ser no alcanza a ver con claridad (insisto, por lo que se refiere a las parejas heterosexuales, que en principio pueden casarse si lo desean).

Mas, como señala PANTALEÓN, si la regla en esta materia debe ser la no intervención del legislador, existen excepciones a la misma, casos en que el legislador debería actuar para equiparar la unión de hecho al matrimonio; esto sería lo procedente en aquellas normas cuyo objeto no es regular la relación hombre-mujer en sí misma, sino un tema diferente, al hilo del cual dicha relación aparece en el supuesto de hecho de la norma: *v. gr.*, las que regulan la sucesión abintestato a favor del cónyuge viudo (cuya razón de ser se halla en una presunción de afectos del causante hacia su sucesor y no en la existencia de un previo matrimonio) o las prestaciones asistenciales (PANTALEÓN, *Uniones*, pp. 75, 76 y 88, y *Materials*, pp. 169 a 173).

cas; 2) la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; y 3) una serie de requisitos personales, que la Ley delimita de manera negativa, estableciendo quiénes no pueden constituir una unión de hecho, y también de forma positiva, exigiendo el empadronamiento y la residencia en la Comunidad de Madrid de al menos uno de los miembros de la pareja.

1. La convivencia en pareja

1. El artículo 1.1 LUHM dispone: «La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid». Es la primera parte del párrafo la que ahora interesa.

2. Lo primero que hay que destacar es que la LUHM sólo contempla relaciones convivenciales *de pareja* (por tanto, únicamente de dos personas)³⁵, que, además, deben ser *de afectividad*. Este último requisito puede suscitar algún problema; es claro que, por el mismo, quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley las uniones de dos personas por razones económicas o utilitarias (por ejemplo, para repartir los costes del alquiler de un piso en común, o ayudarse mutuamente), o por razones laborales (una persona que vive interna en la casa de otra porque está a su servicio). Sin embargo, si quienes conviven son dos buenos amigos o dos parientes bien avenidos, será difícil negar que existe entre ellos una relación de afectividad (lo que, de cumplirse los demás requisitos legales les situaría en el ámbito de aplicación de la LUHM), aunque no haya convivencia *more uxorio*. Todas las leyes autonómicas (con la excepción de la valenciana, cuyos términos en este punto reproduce la madrileña) se cuidan, por ello, de precisar en este punto que la convivencia debe ser *marital* (arts. 1.1 y 19 LUEP), o que la relación de afectividad ha de ser *análoga a la conyugal* (arts. 1 LPENC, 2.1 LFIJPE, 1.1 LPEB, 3.1 LPEA y 1 *i.f.* y 3.1 LPHA); podrá criticarse el empleo de estas expresiones³⁶, pero las mismas tienen la

³⁵ Esta es una circunstancia común a todas las leyes autonómicas promulgadas hasta ahora; de hecho todas, salvo la madrileña y la valenciana, apuntan ya en el propio título que se refieren a *parejas* (estables).

³⁶ Como hace GAVIDIA SÁNCHEZ (*Act. Civ.*, núm. 17, 2001, pp. 611 y 612), quien censura que para la existencia de una unión de hecho se exija una afectividad que ni siquiera es precisa para contraer matrimonio.

utilidad de dejar claro que las uniones que le interesan al legislador son únicamente aquellas en las que la pareja convive como si fuera un matrimonio, o con la voluntad de mantener indefinidamente una comunidad total de vida. Interés éste que, sin duda, era también el del legislador madrileño (y el del valenciano), por mucho que el artículo 1.1 LUHM se limite a exigir una relación de afectividad sin más. Buena prueba de ello es el preámbulo de la ley, que ya en su primer párrafo alude a las uniones de hecho, «reconocidas mayoritariamente por la sociedad», como una alternativa al matrimonio.

La pareja puede serlo de *personas del mismo o de distinto sexo*, pues ni en el artículo 1.1 ni, después, en el artículo 2, relativo a los requisitos personales de los convivientes, se hace mención alguna a su sexo. Además, el preámbulo se cuida de recordar la proscripción de cualquier discriminación por razón de sexo al amparo del artículo 14 CE y la ya citada Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. De hecho, todas las leyes autonómicas sobre parejas estables contemplan tanto las de heterosexuales como las de homosexuales; y es que, de haberse dejado fuera estas últimas (las únicas, como ya dije, que, a mi juicio, sí que precisan de una normativa completa por tener vedada la posibilidad de contraer matrimonio), su discriminación hubiera sido incuestionable³⁷.

3. *La convivencia debe ser libre, pública y notoria, y debe haber durado un período mínimo e ininterrumpido de doce meses antes de la constitución formal de la unión* mediante su inscripción. Por tanto, debe haberse iniciado y mantenerse sobre la base de una decisión libremente adoptada por cada uno de los miembros de la pareja. Además, no deben haber ocultado ni disimulado su convivencia como pareja, debiendo haber actuado externamente como tal³⁸.

³⁷ Observaba PANTALEÓN (*Uniones*, p. 70) hace ya un lustro que todavía no había obligación constitucional de permitir la institucionalización de la pareja homosexual; pero que podía llegar a haberla, conforme fuera asentándose en la conciencia social la desvinculación entre matrimonio y procreación, de acuerdo con el artículo 14 CE. Por mi parte creo, con base en el mismo precepto, que, una vez decidido el legislador a regular las uniones de hecho, de ninguna manera podía dejar de lado las de homosexuales.

³⁸ La STS 18 de mayo de 1992 (RJ 4907) incluía esta nota al caracterizar la convivencia *more uxorio* diciendo que la misma «ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (la cursiva es mía).

GONZÁLEZ POVEDA (*CDJ*, XX, 1997, p. 512) destaca que, para que se dé esta publicidad o notoriedad, basta que la convivencia sea conocida por aquellos con quienes suelen relacionarse, sin necesidad de que éstos sepan además si se trata de una unión de hecho o de un matrimonio.

Al fijar el plazo de *convivencia mínima exigida con carácter previo al nacimiento de la unión*, las distintas leyes autonómicas sobre uniones de hecho oscilan entre el año y los dos años (en todo caso, ininterrumpidos)³⁹. Varias de ellas también prevén casos en los que no es precisa convivencia previa alguna para que la pareja estable exista (*vid.* arts. 1.1, 1.2, 19 y 21.3 LUEP; art. 3.1 LPENC; 2.2.I LFIJPE; y art. 3.2 LPEA)⁴⁰; uno de esos casos es precisamente aquél en el que la unión se formaliza mediante el otorgamiento de una escritura o la inscripción en el correspondiente Registro, claros indicios de que la pareja contempla su relación con visos de estabilidad⁴¹; en línea parecida, la ley balear, con sistema de inscripción constitutiva, no exige en ningún supuesto convivencia previa (*vid.* art. 1 LPEB)⁴²; no es esto lo ocurrido en la ley madrileña (ni en la valenciana), que pese a exigir la inscripción para que la unión quede sometida a la ley, imponen asimismo el requisito de la convivencia previa durante un año.

A los efectos del *cómputo de dicho plazo*, la disposición transitoria primera LUHM admite la posibilidad de que se compute el tiempo de convivencia transcurrido antes de entrar en vigor la ley, siempre que los miembros de la unión estén de acuerdo; esta última precisión, en realidad, no era necesaria, porque si para que la unión surta los efectos previstos en la ley es imprescindible su inscripción, es claro que quienes la insten estarán de acuerdo en que se compute el período previo de convivencia, mientras que a quienes no lo quieran así sencillamente les basta con no inscribir su unión⁴³.

³⁹ Un año exigen, aparte de la madrileña, las leyes navarra (art. 2.2.I), valenciana (art. 1.1) y asturiana (art. 3.2); dos años, las leyes catalana (art. 1.1, relativo a la pareja heterosexual) y aragonesa (art. 3.1).

⁴⁰ Aparte del que en seguida se menciona en el texto, el haber tenido descendencia común, supuesto que la LUHM no tiene en cuenta.

⁴¹ Así también, en relación con la LUEP, MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 165. *Vid.* también el artículo 3.2 LPEA, que directamente señala que «se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias»; idéntico a este precepto es el artículo 2.2.I LFIJPE, salvo en que no menciona la hipótesis de la inscripción.

⁴² Tampoco lo exige la ley andaluza, conforme a la cual la declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho debe expresarse ante el encargado del Registro, o ante el alcalde, concejal o funcionario en quien delegue, o mediante escritura pública o «cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho» (art. 5.2 LPHA).

⁴³ La disposición transitoria de la LUEP también prevé que el tiempo de convivencia previo a la entrada en vigor de la ley, entre miembros de parejas heterosexuales, se tenga en cuenta sólo si los dos (o en su caso, los herederos del difunto) están de acuerdo. Por lo que respecta a los miembros de la pareja —que es lo que ahora interesa—, la regla no parecía tampoco necesaria (así también MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 167); de un lado, porque como la irretroactividad de las leyes es la regla general (art. 2.3 CC), de ahí ya resulta

El carácter *ininterrumpido de la convivencia* durante el plazo señalado suele considerarse compatible con separaciones justificadas por «causas razonables», por ejemplo, por razones laborales, profesionales o de salud⁴⁴; la interrupción por otras causas vendría a cuestionar la estabilidad de la vinculación que también exige el artículo 1.1 LUHM. Mas habida cuenta que para inscribir la unión en el Registro —que es, no se olvide, lo que determina que esa unión comience a producir los efectos legalmente previstos (art. 3.1 LUHM)—, la *acreditación de la previa convivencia* libre, pública, notoria e *ininterrumpida*, ha de verificarse mediante dos testigos (art. 3.2, inciso segundo, LUHM, y art. 10.1.I Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid), no parece que en la práctica vaya a suponer un grave problema el que la pareja haya estado separada algún tiempo (o incluso que no haya convivido los doce meses); pues, con toda probabilidad, podrá aportar dos personas que, si es preciso, atestigüen lo contrario a fin de poder verificar la inscripción.

4. La existencia de una convivencia de doce meses *ininterrumpidos* es muestra de que la relación tiene alguna estabilidad⁴⁵, que es precisamente otro de los requisitos que resultan del artículo 1.2 LUHM: los convivientes deben hallarse *vinculados en forma estable*. La estabilidad supone que los miembros de la pareja no vean ésta como una situación más o menos pasajera o transitoria, sino como una situación con vocación de continuidad y permanencia, que los convivientes pretenden mantener por tiempo indefinido, independientemente de lo que después pueda subsistir⁴⁶.

la irrelevancia, como regla general también, del tiempo de convivencia anterior a la entrada en vigor de la ley; y la excepción prevista a esta regla por la propia disposición, posible cuando los miembros de la pareja estén de acuerdo en ello, tampoco era precisa, habida cuenta que, de acuerdo con la LUEP (art. 1.1), la pareja puede constituirse mediante escritura pública sin necesidad de convivencia previa alguna.

⁴⁴ Así, v. gr., MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 166, y VELASCO MARÍN, *Derecho*, pp. 46 y 47. GAVIDIA SÁNCHEZ (*Act. Civ.*, núm. 17, 2001, p. 610) matiza esta opinión, en el sentido de que sólo si las separaciones no son prolongadas la interrupción no se produciría; el mismo autor destaca también, con todo acierto, que, una vez alcanzado el tiempo exigido de convivencia previa —y constituida la unión de hecho—, ésta se extinguirá si los miembros de la pareja permanecen separados, fuere por la causa que fuere, el tiempo previsto legalmente al regularse las causas de extinción de la unión [más de un año según el art. 4.1e) LFIJPE, que es la ley a la que se refiere Gavidia, y más de seis meses según el art. 6.1d) LUHM].

⁴⁵ Me remito a la cita hecha *supra*, en nota 41. *Vid.* también, en relación con la LUEP, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *RJNot*, núm. 35, 2000, p. 80.

⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO (*Materials*, p. 151, y *EJB*, vol. I, p. 1160) pone de relieve la vinculación que existe entre la estabilidad y la voluntad de mantener indefinidamente la relación, cuando define como compañeros a las personas que conviven «sin mediar previo matrimonio entre ambos, pero con voluntad mutua de mantener por tiempo indeterminado —esto es, con vocación de estabilidad y permanencia— una comunidad total de vida (*communio tori, mensae ac habitationis*)».

Por ello es por lo que, tal y como establece el artículo 2.2 LUHM, no puede pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición⁴⁷.

2. La inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho

En líneas precedentes ya indiqué las razones por las que, a mi modo de ver, la LUHM (en concreto en los arts. 1.1 y 3.1) asigna a la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid un carácter constitutivo, de modo que en tanto la misma no se practique no cabe hablar de unión de hecho a los efectos previstos en la LUHM. Me remito, pues, a lo ya expuesto⁴⁸.

Tan sólo quiero subrayar aquí, recordando algo que también ya he señalado más arriba⁴⁹, que, al exigir la inscripción además de la convivencia en pareja, la LUHM asume un modelo formal y no uno convivencial o factual de unión⁵⁰, plenamente respetuoso con la voluntad de los interesados, que pueden no querer someter su relación, no ya a las reglas del matrimonio, sino ni siquiera a las previstas en la LUHM respecto de las uniones de hecho (aunque éstas, por lo que se refiere a los aspectos civiles, sean escasas y en buena medida reflejo de la doctrina jurisprudencial en la materia).

3. Requisitos personales

1. Los requisitos personales de la unión de hecho se contemplan en los artículos 1.2 y 2.1 LUHM.

También el TS ha destacado la importancia de la nota de la estabilidad en la convivencia *more uxorio*; así, por ejemplo, para la ya citada STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907) dicha convivencia «ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años», mientras que según la STS 27 de marzo de 2001 (RJ 4770), se basa «en la estabilidad de la situación, que suele tener duración indefinida»; por último, la STS 5 de julio de 2001 (RJ 4993) considera presupuesto básico de la pareja no casada la vida paraconyugal «por tiempo indefinido».

⁴⁷ En este mismo sentido se pronuncian todas las demás leyes autonómicas sobre uniones de hecho (*vid.* arts. 5.2 LPENC, 5.2 LFIJPE, 4.2 LPEB, 2.2 LUHV y 5.2 LPEA), salvo la catalana.

También el artículo 45.II CC, por lo que respecta al matrimonio, dispone que la condición, termino (o modo) del consentimiento se tendrá por no puesta. El efecto es el mismo en la LUHM, puesto que, según su artículo 4.3, los pactos entre los convivientes que sean contrarios a las leyes serán nulos y carecerán de validez.

⁴⁸ *Supra*, núm. 2.2. del epígrafe II.

⁴⁹ *Vid. supra* nota 34.

⁵⁰ *Vid.* al respecto MARTÍN CASALS; *DPC*, núm. 12, 1998, p. 153.

Del primero resulta la necesidad de que *al menos uno de los miembros de la pareja esté empadronado y resida en la Comunidad de Madrid*, aunque, si se tiene en cuenta que el presupuesto esencial de la unión es la convivencia, exigir que uno de ellos resida en Madrid supone exigirselo a los dos. A esta regla, consagrada en el artículo 2.1 LUHM, ya me referí también con anterioridad, al analizar su constitucionalidad desde el punto de vista de la competencia exclusiva del Estado sobre las normas para resolver conflictos de leyes en materia de legislación civil, punto al que ahora me remito ⁵¹.

2. El artículo 2.1 LUHM presenta una relación de personas que no pueden constituir una unión de hecho conforme a la LUHM, que necesariamente ha de recordar a los requisitos de capacidad para contraer matrimonio establecidos en los artículos 46 y 47 CC también de forma negativa («no pueden contraer matrimonio...»). Y es que los requisitos de capacidad matrimonial aparecen como un claro referente, no ya en la ley madrileña sino en toda la normativa autonómica relativa a las uniones de hecho ⁵².

Pues bien, según el artículo 2.1 LUHM, *no pueden constituir una unión de hecho quienes se hallen en alguna de las siguientes situaciones:*

«a) *Los menores de edad no emancipados y las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente*». Por tanto, para formar una unión de hecho es preciso ser mayor de edad o menor emancipado (lo mismo que para casarse: art. 46.1.º CC) ⁵³. En cuanto a la necesidad de no padecer anomalías psíquicas ⁵⁴, el problema será cómo podrá comprobarse en la práctica su concurrencia (cfr. art. 56.II CC), cuando la deficiencia no sea tan notoria que resulte evidente para quien reciba la solicitud de inscripción en el Registro; a este respecto, el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid exige (art. 10.1) que la solicitud

⁵¹ *Vid. supra*, núm. 2.3. del epígrafe II.

⁵² *Vid.* en particular, los artículos 1.1 y 20.1 LUEP (el primero, relativo a las parejas heterosexuales, exige directamente que sus miembros no tengan impedimento para contraer matrimonio entre sí), 1 y 4 LPENC, 2.1 LFIJPE, 2.1 LUHV, 2.1 LPEB, 3.1 LPEA y 3.2 LPHA.

La doctrina ha discutido cuál ha de ser la capacidad precisa para formar una pareja estable, si la capacidad matrimonial, la capacidad para contratar o la mayoría de edad (*vid.* al respecto CORRAL GIJÓN, *RCDI* núm. 662, 2000, p. 3342). En contra de las definiciones calcadas de los impedimentos matrimoniales se ha manifestado enérgicamente PANTALEÓN (*Uniones*, pp. 73 y 88).

⁵³ En cambio, exigen la mayoría de edad, sin que baste la emancipación del menor, las leyes catalana [arts. 1.1 y 20.1a) LUEP] y aragonesa (art. 1 LPENC).

⁵⁴ Cuestión ésta que no es mencionada expresamente en ninguna de las otras leyes autonómicas sobre uniones de hecho.

de inscripción de la unión sea presentada personal y conjuntamente por los dos interesados, acompañada de cierta documentación, entre la que debe incluirse una «declaración de no estar incapacitados a efectos de prestar válidamente su consentimiento a la unión de hecho» [art. 10.1.II) del citado Reglamento]; la necesaria presencia de dos testigos es a los únicos efectos de acreditar la previa convivencia; de ahí el problema señalado de control de este requisito.

«b) *Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio no separadas judicialmente*». De aquí resulta que puede constituir una unión de hecho quien nunca haya contraído matrimonio; también quien, habiéndolo contraído, ya no esté ligado por vínculo matrimonial por haber muerto o haber sido declarado fallecido su consorte, o haber recaído sentencia judicial firme de divorcio o nulidad matrimonial. Hasta aquí, todo coincide con lo que resulta del artículo 46.2.º CC en sede de matrimonio; la diferencia es que, de acuerdo con el artículo 2.1b) LUHM, también quien se halla ligado con vínculo matrimonial puede constituir una unión de hecho si está separado judicialmente⁵⁵; la mera separación de hecho, en cambio, no basta⁵⁶.

Las leyes catalana (art. 1.3 LUEP) y navarra (art. 2.2.II LFIJPE) disponen que, si uno o ambos miembros de la pareja estuvieren ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período que cada una de las leyes exige para considerar constituida la pareja por convivencia⁵⁷. Conforme a la LUHM, que no contiene ninguna norma similar, es claro que aun estando casado uno o ambos miembros de la pareja, el tiempo de convivencia se computa e incluso pueden constituir la unión de hecho si estaban ya separados judicialmente; en otro caso (por ejemplo, si uno o ambos están a la espera de la sentencia firme de nulidad), no parece haber inconveniente para que ese tiempo pueda tenerse en cuenta en el cómputo de los doce meses exigidos por el artículo 1.1 LUHM, porque lo único que resulta del artículo 2.1 LUHM es que, mientras el vínculo matrimonial subsista, no puede constituirse la unión de hecho; de este modo, las parejas que ya hubieran convivido los doce meses en

⁵⁵ La madrileña es la única ley autonómica que admite esta posibilidad, pues en todas las demás el impedimento de vínculo (si se me permite el empleo de la terminología matrimonial) carece de excepción alguna.

⁵⁶ PANTALEÓN se muestra contrario a que en las uniones de hecho se introduzca el impedimento de vínculo (*Uniones*, pp. 73 y 88), y pone de manifiesto cómo una convivencia adulterina puede considerarse plenamente lícita (*Materials*, pp. 158 ss., y *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 123).

⁵⁷ Sobre la innecesariedad y posibles peligros de esta regla, habida cuenta de las diversas vías de constitución de las parejas estables que prevén estas leyes, *vid.* MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 166, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, *RJNot*, núm. 35, 2000, p. 81, y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *RGLJ*, 2000, p. 195, refiriéndose todos a la LUEP.

esa situación, no tendrían que esperar otro año más para poder acogerse a la LUHM, inscribiéndose, si éste fuera su deseo, en el Registro de Uniones de Hecho en cuanto el vínculo matrimonial de uno o ambos convivientes hubiese dejado de existir⁵⁸.

«c) *Las personas que forman una unión estable con otra persona*»⁵⁹. Así pues, no se pueden mantener dos o más uniones de hecho simultáneamente. El problema puede ser, también aquí, cómo comprobar el cumplimiento de este requisito en la práctica. Cuando una pareja acuda al Registro madrileño de Uniones de Hecho a inscribirse podrá comprobarse que ninguno de los dos figure ya constituyendo una unión con otra persona; pero, ¿y si uno de ellos forma ya una pareja estable con un tercero, al amparo de otra ley autonómica?. Podrá decirse que cuando esa otra pareja esté inscrita en el correspondiente Registro de otra Comunidad, el intercambio de información entre los diversos Registros de este tipo existentes en España debería permitir la constatación del caso, a efectos de impedir la inscripción de la unión en Madrid o, como dice la disposición adicional de la LUHM, evitar supuestos de doble inscripción. Pero también hay que recordar que, en algunas leyes autonómicas sobre esta materia, no hay inscripción constitutiva, de manera que puede haber uniones de hecho sometidas a su régimen normativo sin que exista constancia oficial alguna de ello. Si el miembro de una unión de este tipo pretendiera inscribir otra unión de hecho en el Registro de Madrid (vamos a presuponer que el requisito de la convivencia pudiera considerarse cumplido en las dos relaciones porque las interrupciones de una y otra respondieran a causas razonables), probablemente no hallaría obstáculo alguno, bastándole con adjuntar a su solicitud de inscripción una declaración de no formar unión estable con otra persona [art. 10.1.IIg) Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid].

«d) *Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción*». Y, por último,

«e) *Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado*». Ambas reglas son calcadas de los números 1.º y 2.º del artículo 47 CC. No acabo de ver con claridad la jus-

⁵⁸ Creo que lo mismo sería aplicable en el supuesto de que uno o ambos miembros de la pareja fueran menores de edad (no emancipados) cuando empezaron a vivir juntos; si al cumplir los dieciocho años ya llevaran doce meses conviviendo en los términos previstos en el artículo 1 LUHM, entiendo que podrían constituir su unión de hecho inscribiéndola en el Registro de acuerdo con el artículo 2.1a) LUHM.

⁵⁹ Tan sólo la ley catalana no contempla este impedimento, y únicamente por lo que respecta a las parejas heterosexuales [respecto a las homosexuales, *vid.* art. 20.1c) LUEP], lo cual no ha impedido entender que, de acuerdo con la LUEP, toda unión estable es incompatible con otra unión estable simultánea (así, MARTÍN CASALS, *DPC* núm. 12, 1998, pp. 162 y 163).

tificación de estos impedimentos respecto de las uniones de hecho, al menos en ciertos grados de parentesco; más aún, teniendo en cuenta que cabe la dispensa respecto de alguno de ellos cuando se trata de matrimonio, y no cuando se trata de uniones de hecho; concretamente, si parientes colaterales de tercer grado pueden contraer matrimonio con dispensa (art. 48.II CC), no alcanzo a entender por qué no pueden someterse al régimen de las parejas estables, si lo desearan, constituyendo formalmente su unión. De hecho, en varias leyes autonómicas la colateralidad sólo es un impedimento para formar una unión de hecho hasta el segundo grado⁶⁰.

La comparación del régimen previsto en el artículo 2.1 LUHM con el propio de la capacidad matrimonial, arroja las siguientes diferencias: 1.^a) Pueden constituir una unión de hecho personas aún ligadas por el vínculo del matrimonio, mientras que no pueden hacerlo las que forman una unión estable con otra persona (cfr. art. 46.2.º CC). 2.^a) No hay, en el ámbito de las uniones de hecho, dispensa posible de los impedimentos de menor edad ni de grado tercero entre colaterales (cfr. art. 48.II CC)⁶¹. Y 3.^a) Haber sido condenado como autor o cómplice de la muerte dolosa del cónyuge del otro miembro de la pareja no constituye traba alguna para poder constituir una unión de hecho con él (cfr. arts. 47.3.º y 48.I CC)⁶².

4. *¿Quid de las uniones de hecho que queden fuera del ámbito de aplicación de la LUHM?*

Desde el momento en que el legislador opta por definir la unión de hecho y establecer los requisitos precisos para su constitución, es evidente que tienen que darse casos de uniones que, por no reunir todos esos requisitos, van a quedar fuera del ámbito de aplicación de la ley en cuestión⁶³. De acuerdo con la normativa de

⁶⁰ Vid. arts. 20.1e) LUEP –relativo a las parejas homosexuales; es llamativo e injustificado que, en cambio, en las heterosexuales, el impedimento alcance hasta el tercer grado, de acuerdo con el artículo 1.1 LUEP (así también MARTÍN CASALS, *DPC* núm. 12, 1998, p. 165)–, 4 c) LPENC, 3.1 LPEA y 3.2d) LPHA.

⁶¹ Ninguna de las leyes autonómicas sobre uniones de hecho prevé la posibilidad de tal dispensa; tan sólo respecto de la LUEP se ha suscitado alguna duda en el marco de la pareja heterosexual, al limitarse el artículo 1.1 a exigir en ella que no exista impedimento para contraer matrimonio; sin embargo, con buen criterio, esto no se ha considerado suficiente a los efectos de entender que haya aquí una remisión en bloque a la regulación de los impedimentos en el CC (así, MARTÍN CASALS, *DPC* núm. 12, 1998, p. 164).

⁶² Únicamente la LUEP recoge este impedimento, y sólo respecto de las parejas heterosexuales (art. 1.1; para las homosexuales, *vid.* art. 20.1); MARTÍN CASALS (*DPC* núm. 12, 1998, p. 164) considera esta omisión fruto de un olvido.

⁶³ Dice PANTALEÓN, al respecto, que «no hay nada peor que el legislador definiendo, porque cuando quiere definir limita» (*Uniones*, p. 88).

la LUHM, quedan fuera de su ámbito de aplicación, *v. gr.*, las uniones de hecho que, aun basadas en una convivencia con las notas del artículo 1, no sean inscritas en el correspondiente Registro; lo mismo que todas aquellas uniones en las que uno o los dos convivientes no reúnan los requisitos personales establecidos en el artículo 2.1 [por ejemplo, uno es menor no emancipado, o está casado y separado de hecho, o se trata de una pareja de tía y sobrino]. Así es como, tras la promulgación de las distintas leyes autonómicas sobre uniones de hecho nos encontramos con tres situaciones a distinguir⁶⁴: matrimonios, uniones de hecho contempladas por la ley y uniones de hecho atípicas. Las dos primeras cuentan con su propia normativa (si bien, cuando esta normativa sea insuficiente —como ocurre claramente en nuestra LUHM—, seguirá siendo precisa su integración). Pero la unión de hecho atípica seguirá suscitando en la práctica los mismos problemas que doctrina y jurisprudencia han tratado de resolver durante todo el tiempo en que las uniones de hecho han carecido de regulación. Por consiguiente, siempre que estemos ante una convivencia «en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar [STS 18 de mayo de 1992 (RJ 4907)], aunque la misma no esté en el ámbito de aplicación de la LUHM (ni en el de ninguna otra ley), habrá que dar respuesta a los problemas jurídicos que deriven de la misma; por tanto, habrá que seguir recurriendo a esas reglas generales de nuestro ordenamiento que la jurisprudencia ha venido utilizando para dar respuesta a tales problemas⁶⁵.

IV. LA INSCRIPCIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

1. De acuerdo con el artículo 3.1 LUHM, para la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid es preciso acreditar previamente los requisitos a que se refiere el artículo 1 LUHM en expediente contradictorio ante el encargado del Registro. Como sabemos, esos requisitos son los

⁶⁴ Cumpliéndose así el augurio de O'CALLAGHAN, *CDJ* 1997, XX, p. 33.

⁶⁵ En sentido parecido, *vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, *Act. Civ.*, núm. 17, 2001, p. 618; este autor señala agudamente que respecto de las uniones no contempladas por la ley (él se refiere a la LFIJPE) no será posible el recurso a la analogía *legis*, dado que no hay laguna legal, puesto que el legislador ha decidido no regularlas.

relativos, de un lado, a la convivencia y, de otro, al empadronamiento y residencia en Madrid. En concreto, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse –según ordena el segundo inciso del artículo 3.2 LUHM– por medio de dos testigos mayores de edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles; el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (art. 10.1.I) recoge este mandato, exigiendo que cuando los miembros de la pareja presenten personalmente su solicitud de inscripción vayan acompañados de esos dos testigos, para acreditar la previa convivencia, añadiéndose únicamente a las notas que de la misma ya apunta el artículo 3.2 LUHM, la de que ha de ser de al menos doce meses, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.1 LUHM. Por lo que respecta al empadronamiento y residencia, el Reglamento [art. 10.1.II.d)] exige que la solicitud vaya acompañada, entre otros documentos, por una «certificación del padrón municipal, que acredite que, al menos, uno de los solicitantes tiene la condición de residente en cualquier municipio de la Comunidad de Madrid».

Volviendo a la *acreditación de la convivencia*, resulta llamativo que la LUHM imponga un único medio de prueba, el testifical, cuando tales medios deberían ser libres. Hay que tener en cuenta, además, que ya desde 1995 existía en Madrid un Registro de Uniones de Hecho, cuya principal virtualidad era precisamente la de suministrar una prueba de la convivencia. Debería, pues, haberse aceptado cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Así lo hacen la ley aragonesa –que, no obstante, señala como medios de prueba privilegiados el acta de notoriedad y el documento judicial «que acredite la convivencia»– (art. 3.2 LPENC)⁶⁶, la ley navarra (art. 3 LFIJPE) y la asturiana (art. 3 LPEA)⁶⁷.

2. Los citados tres artículos de las leyes aragonesa, navarra y asturiana regulan en los mismos términos –por tanto, aceptan-

⁶⁶ Sobre esta regla puede consultarse MERINO Y HERNÁNDEZ, *Manual*, pp. 48 y 49.

⁶⁷ Algo particular es el caso de la ley catalana, en la que la convivencia sólo es presupuesto –y no siempre– para la existencia de las parejas heterosexuales (respecto de las homosexuales, *vid.* arts. 19 y 21 LUEP); respecto de aquéllas, la convivencia puede acreditarse por cualquier medio de prueba, excepto cuando se trate de hacer valer los beneficios respecto a la función pública contemplados en el artículo 9 LUEP (art. 2 LUEP), caso en el que, de acuerdo con el artículo 10 LUEP, si la convivencia no se formalizó en escritura pública otorgada dos años antes de ejercer tales derechos, será preciso aportar acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso de los dos años (*vid.* a este respecto MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, pp. 171 y 172).

La ley balear no contiene regla alguna respecto de la acreditación de la convivencia (tampoco de la unión misma); y la valenciana coincide literalmente con la madrileña (*vid.* arts. 3.2 LUHV).

do cualquier medio de prueba admisible en Derecho— *la acreditación de la existencia de la pareja estable* ⁶⁸. Como en todas estas leyes autonómicas se prevé la constitución automática de la pareja estable tras un determinado tiempo de convivencia, es evidente que probando tal convivencia queda probada también la existencia de la pareja. Pero, como ya expuse líneas atrás, la misma normativa también prevé otras vías de constitución ajenas a cualquier convivencia previa. Lo que ahora interesa destacar es que, sea cual sea la manera en que la unión de hecho se haya constituido, la misma podrá acreditarse por cualquier medio de prueba, dado que los citados preceptos se expresan en términos generales ⁶⁹.

Por su parte, la LUHM admite sólo una forma de acreditación, al disponer el artículo 3.3 que «(l)a existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro» ⁷⁰. No obstante, hay que tener en cuenta que sin inscripción no hay unión de hecho a los efectos de la LUHM (arts. 1.1 y 3.1 LUHM); en esa medida, la certificación registral se revela como medio idóneo de prueba, asequible y sin coste económico alguno (*vid.* art. 17 y 18, Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid).

Termino con dos observaciones. En el caso de que desaparecieran los libros del Registro de Uniones de Hecho y no fuera posible certificar el asiento (*cf.* arts. 327 CC y 2 LRC) no sería lógico que la unión, debidamente inscrita en su día, no pudiera probarse por otras vías. Finalmente, parece claro que lo publicado por el Registro de Uniones de Hecho puede ser incorrecto; es lo que ocurriría si, extinguida la unión por alguna de las causas previstas en el artículo 6.1 LUHM, no se hubiera procedido a cancelar su inscripción ⁷¹; la certificación registral a que alude el artículo 3.3 LUHM debe, por tanto, admitir prueba en contrario.

⁶⁸ También el artículo 2 LUEP se refiere a dicha acreditación (respecto a parejas heterosexuales), en los términos que han quedado expuestos en la nota precedente.

⁶⁹ Por citar sólo uno de ellos, según el artículo 3 LFIJPE, «la existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho»; prácticamente idéntico es el artículo 3.3 LPEA.

⁷⁰ Exactamente en los mismos términos, *vid.* artículo 3.3 LUHV. La LUEP, por último, tasa los medios de prueba por lo que respecta a las parejas homosexuales al disponer que las mismas «se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente» (art. 21.1); en realidad, la escritura es requisito constitutivo de estas uniones (*vid.* art. 21.3 LUEP) (así también MARTÍN CASALS, *DPC* núm. 12, 1998, p. 160).

⁷¹ En este punto es indudable que la extinción de la unión se produce al margen de la cancelación o no de su inscripción en el Registro (*vid.* también el art. 9.I, Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid).

V. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LA CONVIVENCIA

El Capítulo III de la LUHM, bajo la rúbrica «De la inscripción de los pactos de convivencia», contiene dos artículos, el artículo 4, referente a la regulación de la convivencia mediante pactos establecidos por los miembros de la unión de hecho, y el artículo 5, relativo a la inscripción de dichos pactos. Su estudio es el objeto de las siguientes páginas.

1. Los pactos reguladores de la convivencia: Requisitos formales, contenido posible y límites

1. Según el artículo 4.1 LUHM, «(l)os miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese».

La *licitud de los pactos* entre los miembros de una pareja estable al objeto de regular los efectos patrimoniales de su relación viene siendo admitida desde hace ya años por el TS⁷² y por la doctrina⁷³. Superado el obstáculo que inicialmente supuso la consideración de la relación convivencial fuera del matrimonio como una situación ilícita, y admitido ya que, salvo en casos excepcionales, en los que pudiera apreciarse la concurrencia de un objeto que esté fuera del comercio de los hombres o de un objeto o una causa ilícitos (por ejemplo, relaciones basadas exclusivamente en un intercambio de sexo por dinero)⁷⁴, se trata

⁷² Así, por ejemplo, en sus sentencias de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 21 de octubre de 1992 (RJ 8589), 11 de diciembre de 1992 (RJ 9733), 18 de febrero de 1993 (RJ 1246) (comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, núm. 31, 1993, pp. 221 ss., y por CANO TELLO, *RGD*, 1993, pp. 3047 ss.), 27 de mayo de 1994 (RJ 3753), 11 de octubre de 1994 (RJ 7476), 16 de diciembre de 1996 (RJ 9020) (sentencia ésta que, como destaca GARCÍA RUBIO-*CCJC*, núm. 43, 1997, p. 410-, llega a considerar la no celebración de pactos de convivencia como una negligencia a los efectos del artículo 1902 CC), 27 de mayo de 1998 (RJ 3382) y 23 de julio de 1998 (RJ 6131).

⁷³ Me remito en este punto a las amplias citas de autores que recogen ESTRUCH ESTRUCH, en *RGD*, mayo 1998, p. 5371, nota 4, y MESA MARRERO, *Las uniones*, p. 111, nota 146; a ellos cabe aún añadir, v. gr., a BUSTOS GÓMEZ-RICO, *CDJ*, XX, 1997, pp. 431, 432 y 482, CERVERA SOTO, *RDP*, marzo 2000, pp. 219 y 220, CORRAL GUJÓN, *RCDI*, núm. 664, 2001, p. 562, y PÉREZ VALLEJO, *Autorregulación*, pp. 49 ss. (autora esta última que, como veremos más adelante, estima válidos también los pactos sobre aspectos personales de la relación). CERDÁ GIMENO reproduce algunos modelos de contratos para regular la convivencia, de orígenes diversos, en *RDP*, marzo 2001, pp. 184 ss.

⁷⁴ Así también, entre otros, MESA MARRERO, *Las uniones*, pp. 116 y 117, y PANTALEÓN, *Uniones*, p. 73.

de situaciones totalmente regulares, merecedoras incluso del amparo constitucional que dispensa a la familia el artículo 39.1 CE⁷⁵, la licitud de dichos pactos era algo innegable al amparo del principio de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos (art. 1255 CC)⁷⁶. Y no sólo eso, sino que, además, a falta de una regulación específica de las uniones de hecho (aún hoy, allá donde no exista o donde la misma sea incompleta), los pactos —que podrán suscribirse en cualquier momento a lo largo de la relación o al darse por concluida la misma— constituyen una vía idónea para resolver los problemas que surgen, sobre todo a raíz de la ruptura de las uniones de hecho, cuando hay que liquidar las relaciones patrimoniales que durante años haya habido entre los miembros de la unión, y decidir acerca de posibles compensaciones a favor de alguno de ellos.

De ahí que no sea de extrañar que todas las leyes autonómicas sobre uniones de hecho hayan admitido expresamente que los miembros de las mismas puedan regular su convivencia mediante pactos. Sin embargo, las diferencias comienzan cuando nos fijamos, de un lado, en los requisitos formales que se imponen a dichos pactos, y, de otro, en su posible contenido.

2. En cuanto a lo primero, el artículo 4.1 LUHM sólo hace referencia a la *escritura pública*. Lo mismo hacen las leyes aragonesa (art. 5.1 LPENC) y valenciana (art. 4.1 LUHV); las demás admiten que el convenio conste en documento público o privado (arts. 5.1 LFIJPE y 5.1 LPEA), e incluso que sea verbal (arts. 3.1 y 22.1 LUEP y 4.1 LPEB). Ni que decir tiene que el principal problema que suscita esta última modalidad es la de probar la existencia del acuerdo y su contenido, pues mientras la relación vaya bien no hay problema alguno, pero cuando surgen las diferencias en la pareja y es preciso reconstruir los términos de lo acordado verbalmente, es cuando se pone de manifiesto la fragilidad y todos los

⁷⁵ Vid. a este respecto PANTALEÓN, *Materials*, pp. 156 a 158, y VERDA Y BEAMONTE, *Act. Civ.*, 2001, núm. 2, pp. 60 ss.

La inclusión de la convivencia *more uxorio* en el ámbito de protección del artículo 39.1 CE ha sido admitida por el TC, por ejemplo, en sus sentencias 222/1992, de 11 diciembre, 47/1993, de 8 febrero, y 116/1999, de 17 junio. También por el TS, en sentencias como las de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 21 de octubre de 1992 (RJ 8589), 22 de julio de 1993 (RJ 6274) (comentada por VALPUESTA FERNÁNDEZ, *CCJC*, núm. 33, 1993, pp. 981 ss.), 18 de noviembre de 1994 (RJ 8777), 4 de junio de 1998 (RJ 3722), 5 de julio de 2001 (RJ 4993) (comentada por SALAZART BORT, *Act. Civ.*, 2002, XXXVI, pp. 751 ss.), 17 de enero de 2003 (AJA 6 de febrero de 2003, núm. 564) e, indirectamente, en la de 20 de octubre de 1994 (RJ 7492) (comentada por LLEDÓ YAGÜE, *CCJC*, núm. 37, 1995, pp. 347 ss.).

⁷⁶ Al principio de libertad de pactos alude explícitamente el artículo 5.1 LPENC, al regular esta materia y para justificar la admisión de la regulación de la convivencia mediante convenio.

inconvenientes de esa forma oral. Y respecto del escrito privado, la escritura pública ofrece cuando menos la ventaja de poder contar con el asesoramiento de un profesional al redactar los términos del convenio.

Mas lo que interesa concretar es *cuál es el alcance del requisito de la escritura pública en el artículo 4.1 LUHM* ⁷⁷. De una parte, cabría pensar en las capitulaciones matrimoniales como referente paralelo, en el ámbito matrimonial, de los pactos de que estamos hablando (art. 1325 CC), respecto de las cuales es indudable que la escritura pública es un requisito de validez y constituye una forma *ad solemnitatem* (art. 1280.3.º en relación con los arts. 1327 y 1332 CC). Mas existe una diferencia esencial entre las capitulaciones y los pactos en una unión de hecho a los efectos que aquí interesan ⁷⁸: las primeras, en cuanto pueden regular el régimen económico del matrimonio, trazando los poderes dispositivos de los cónyuges sobre los bienes y las eventuales responsabilidades por las obligaciones contraídas, afectan a los terceros con quienes contraten uno o ambos cónyuges (de ahí precisamente lo dispuesto en el artículo 1333 CC, para asegurar la publicidad de cuanto afecte al régimen económico matrimonial); en cambio, los pactos entre los miembros de la unión de hecho sólo surten efectos entre las partes y nunca pueden perjudicar a terceros (art. 4.5 LUHM). Siendo la trascendencia de estos pactos mucho menor que la de las capitulaciones, las razones que aconsejan que éstas consten en escritura para ser válidas no son aplicables a aquéllos.

Por otra parte, siendo propio de nuestro Derecho el principio de libertad de forma (arts. 1258 y 1278 CC), la exigencia de escritura pública en el artículo 4.1 LUHM habrá de interpretarse a la luz del artículo 1279 CC (facultad de compelerse recíprocamente a llenar dicha forma), salvo que quedara muy claro en la propia regulación de las uniones de hecho que se trata de un requisito *ad solemnitatem*. Y no parece que ello pueda derivarse del artículo 4.1 LUHM, pues cuando dice que «(l)os miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes...», el adverbio «válidamente» va referido –en mi opinión– al tiempo verbal que le precede; esto es, lo que quiere decirse es que es válido o lícito que los miembros de la unión pacten, no que dicho pacto sólo es válido si consta en escritura pública;

⁷⁷ En relación con la ley aragonesa y la exigencia de escritura en su artículo 5.1, el notario MERINO Y HERNÁNDEZ (*Manual*, p. 69) mantiene que se trata de un requisito esencial, sin el cual el convenio carecerá de validez.

⁷⁸ Que los pactos no pueden considerarse como capitulaciones matrimoniales es algo generalmente admitido por nuestra doctrina (*vid.*, por todos, ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5371 y 5372, nota 6).

así resulta con toda claridad del tenor de otras leyes autonómicas, como la ley balear, cuyo artículo 4.1 dispone que «(l)os miembros de la pareja pueden regular válidamente por cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia...»⁷⁹.

A mayor abundamiento, podría apuntarse otro argumento: Si los miembros de una unión de hecho no inscrita en el correspondiente Registro de la Comunidad de Madrid pueden establecer válidamente pactos regulando sus relaciones patrimoniales sin necesidad de que consten en escritura pública⁸⁰, pues el TS nunca ha exigido tal documentación⁸¹, ¿cómo se van a considerar nulos los pactos cerrados por una pareja a la que le sea aplicable la LUHM, por el hecho de que consten en documento privado?, ¿no supondría ello un trato discriminatorio para esta pareja, que va a ver cómo lo acordado por ella es desplazado por otros remedios, arbitrados en la práctica judicial precisamente para el caso de que no haya pacto?

3. En cuanto al *contenido de los pactos*, la LUHM deja claro que *sólo puede ser patrimonial*; así resulta, de un lado, del artículo 4.1, al disponer que pueden establecer los pactos que crean convenientes «para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese»; y, de otro, del segundo inciso del artículo 4.4, que declara nulos «los pactos cuyo objeto sea *exclusivamente* personal o que afecten a la intimidad de los convivientes». Es ésta una peculiaridad de la ley madrileña, junto con la valenciana⁸², respecto de todas las demás, que permiten a los miembros de la unión de hecho regular convencionalmente tanto las relaciones patrimoniales como las personales⁸³.

⁷⁹ Vid. también los artículos 3.1 y 22.1 LUEP, 5.1 LFIJPE y 5.1 LPEA.

⁸⁰ Ya he señalado en diversas ocasiones que, en mi opinión, las uniones que queden fuera de la LUHM no por ello pueden quedar al margen de toda consideración jurídica, sino que seguirán produciendo todos los efectos que ha admitido la jurisprudencia en relación con las uniones de hecho no reguladas legalmente; y entre ellos se cuenta la admisibilidad de los pactos.

⁸¹ Antes al contrario, ha admitido incluso el pacto tácito, deducido de hechos concluyentes e inequívocos, para la constitución de una sociedad o un condominio entre los miembros de una unión de hecho (*vid.*, *v. gr.*, las SSTs 18 de mayo de 1992 [RJ 4907], 18 de febrero de 1993 [RJ 1246], 11 de octubre de 1994 [RJ 7476], 27 de mayo de 1998 [RJ 3382], 23 de julio de 1998 [RJ 6131] y 22 de enero de 2001 [RJ 1678], así como para someterse a un determinado régimen económico matrimonial (STS 21 de octubre de 1992 [RJ 8589]).

⁸² Cuyo artículo 4.1 se expresa en términos idénticos en este punto a los del artículo 4.1 LUHM, aunque no contiene una regla similar a la del artículo 4.4, segundo inciso, LUHM.

⁸³ Así, los artículos 3.1 y 22.1.I LUEP, 5.1 LPENC, 5.1 LFIJPE, 4.1 LPEB, 5.1 LPEA y 7 LPHA; todas las preceptos, salvo el de la ley aragonesa, mencionan también la posible regulación de los «respectivos derechos y deberes».

Precisamente el tema de *si son o no admisibles los pactos de contenido personal entre convivientes* ha sido muy debatido en la doctrina⁸⁴, que mayoritariamente lo niega⁸⁵, aunque también existen voces disidentes. Deberes personales del tipo de los contemplados en los artículos 67 y 68 CC son jurídicamente incoercibles, incluso en el ámbito del matrimonio que le es propio, y en el que su incumplimiento únicamente da lugar a la existencia de una causa justificada de separación o divorcio (arts. 82 y 86 CC); en una unión de hecho, lo habitual será que sus integrantes se respeten y ayuden mutuamente, actúen en interés de la familia si la hay, se guarden fidelidad y se socorran mutuamente, de manera voluntaria y espontánea, mientras la relación vaya bien (en cuanto a la convivencia, es presupuesto mismo de la existencia de la unión, por lo que no puede constituir un deber derivado de la misma, como ocurre en el matrimonio); y cuando la relación deja de funcionar, cualquiera de los miembros de la unión puede libremente poner término a la misma, sin necesidad de aducir ni justificar causa alguna; en esa medida, carecería de sentido pactar deberes como los de los artículos 67 y 68 CC en una unión de hecho, para el tiempo que la misma subsista, porque su inobservancia carecería de efecto jurídico alguno. Claro que cabría preguntarse por la validez de un pacto que estableciera la obligación de indemnizar al otro miembro de la pareja si uno de ellos rompiera la unión antes de determinado plazo, o le fuera infiel⁸⁶. Tengo serias dudas acerca de la validez de tales pactos, en los que, en cualquier caso, sería imprescindible que la cuantía indemnizatoria no fuera tal que, *de facto*, supusiera un serio obstáculo a la ruptura, pues en las uniones de hecho aquélla ha de ser, por definición, libre⁸⁷; en cuanto al primer caso, dado que las vinculaciones perpetuas están proscritas en nuestro ordenamiento (arg. art. 1583 CC), el pacto habría de fijar un plazo dentro del cual la ruptura de la convivencia daría lugar a la obligación de indemnizar⁸⁸; mas, aunque se observaran todas estas precauciones, la validez de tales pactos podría cuestionarse a la luz del derecho a la libertad personal, puesto que lo que está en juego son

⁸⁴ Vid. al respecto, por todos, ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5372 y 5373, y PÉREZ VALLEJO, *Autorregulación*, pp. 78 ss.

⁸⁵ A los autores citados por ESTRUCH y PÉREZ VALLEJO (*vid.* nota anterior), cabría aún añadir a otros, como LLEDÓ YAGÜE, *CCJC*, núm. 37, 1995, p. 354, MESA MARRERO, *Las uniones*, p. 112, y PANTALEÓN, *EJB*, vol. I, p. 1160.

⁸⁶ Validez que defiende, por ejemplo, PÉREZ VALLEJO, *Autorregulación*, pp. 81, 83 y 84.

⁸⁷ En este sentido, aunque en el contexto de otro razonamiento, GAVIDIA SÁNCHEZ, *Act. Civ.*, núm. 17, 2001, p. 616.

⁸⁸ Lo cual, dicho sea de paso, no sé hasta qué punto no vendría a suponer la atribución implícita de una duración determinada a la unión de hecho, en contra de lo preceptuado en todas las leyes autonómicas sobre uniones de hecho y, en particular, en el artículo 2.2 LUHM.

cuestiones que afectan a la esfera más íntima de las personas, y que, además, parecen claramente situadas fuera del comercio de los hombres (art. 1271.I CC).

4. Antes de analizar más concretamente los pactos de contenido patrimonial que pueden establecer los miembros de la unión de hecho, conviene señalar cuáles son sus *límites* genéricos. Si su justificación se sitúa en el artículo 1255 CC, es evidente que no pueden ser contrarios a la ley, la moral ni el orden público⁸⁹. A este respecto, dispone el artículo 4.4 LUHM en su primer inciso que «(s)erán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos»⁹⁰. Pues bien, si –como observa Díez-Picazo⁹¹– el orden público está integrado por los principios esenciales y rectores de la ordenación de una determinada comunidad en un momento dado, y, en nuestro caso, éstos son los que plasma la Constitución (así, la dignidad de la persona, sus derechos fundamentales y libertades básicas y, entre ellos, el derecho a la igualdad y a no ser discriminado) es evidente que un pacto limitativo «de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente» sería contrario al orden público; como también lo sería probablemente un acuerdo gravemente perjudicial para uno de ellos (con la consiguiente ventaja para el otro), por lo que ello comporta de trato desigual, pareciendo bastante claro también que el mismo podría considerarse contrario a la moral, si por ésta se entiende –con Díez-Picazo⁹²– el conjunto de convicciones éticas imperantes, en un determinado momento y con carácter general, en la comunidad jurídica⁹³.

⁸⁹ Así, la STS 27 de mayo de 1998 (RJ 3382).

⁹⁰ A la declaración de nulidad de los pactos de contenido exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes (art. 4.4, segundo inciso), y de los que sometan a condición o a término final la unión de hecho (art. 2.2) ya me he referido.

Otras leyes autonómicas contienen referencias similares; es el caso de la ley balear, cuyo artículo 4.2 declara nulos «los acuerdos contrarios al derecho (*sic*) y los que limiten la igualdad de derechos que corresponden a cada miembro de pareja»; también el artículo 5.1 LPENC exige que los convenios «no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón»; por su parte, del artículo 7 LPHA resulta que «los pactos que atentaren contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus integrantes» no serán inscritos en el Registro correspondiente; la ley valenciana se pronuncia en los mismos términos que la madrileña (art. 4.1 LUHV).

⁹¹ *Fundamentos*, vol. I, p. 130.

⁹² *Fundamentos*, vol. I, p. 129.

⁹³ Las leyes autonómicas que contienen una detallada regulación del estatuto económico de la unión de hecho suelen imponer otro límite a los pactos que versen sobre las compensaciones económicas procedentes en caso de cese de la convivencia: que respeten los mínimos contemplados en la propia ley, que se consideren irrenunciables; tal es lo que disponen los artículos 3.1 y 22.1.II LUEP, 5.1 i), f) LFIJPE y 4.1 LPEB. *Vid.* también, el artículo 12.2 LPHA.

5. Interesa ahora concretar *qué pactos de contenido patrimonial pueden establecer los miembros de la unión de hecho*. El artículo 4.1 LUHM se expresa en términos amplios: los «que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese». Así las cosas, y en línea con lo que viene admitiendo la jurisprudencia y la doctrina que ha estudiado la regulación convencional de la convivencia en términos generales⁹⁴, los miembros de la unión de hecho tienen variadas posibilidades: Podrán pactar someter sus relaciones a uno de los regímenes económico matrimoniales legalmente establecidos⁹⁵, en el bien entendido, por lo que luego se verá, de que el convenio tendría únicamente eficacia *inter partes* y no frente a terceros⁹⁶; podrían establecer una sociedad universal de ganancias (art. 1675 CC), cuyos efectos entre los convivientes serían muy parecidos a los de la sociedad de gananciales⁹⁷ o crear, con efectos más limitados, una sociedad civil interna (art. 1669 CC) o una sociedad mercantil irregular⁹⁸; en todo caso, es claro que, como señala la STS 21 de octubre de 1992 (RJ 8589), la mera convivencia no «lleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de gananciales)».

⁹⁴ A este respecto puede consultarse, *v. gr.*, BUSTOS GÓMEZ-RICO, *CDJ*, XX, 1997, pp. 469 ss., CALLE RODRÍGUEZ, *Act. Civ.*, 1994, XVII, pp. 301 ss., ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5373 ss., o MESA MARRERO, *Las uniones*, pp. 123 ss., 134 ss. y 147.

⁹⁵ Así lo admiten, por ejemplo, las SSTS 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 21 de octubre de 1992 (RJ 8589); *vid.* también el caso resuelto por la STS 4 de junio de 1998 (RJ 3722).

⁹⁶ En contra de la admisibilidad de tal pacto se han expresado, *v. gr.*, BAYOD LÓPEZ, *RCDI*, núm. 626, 1995, p. 143, CORRAL GIJÓN, *RCDI*, núm. 664, 2001, p. 563, GONZÁLEZ PVEDA, *CDJ*, XX, 1997, p. 530, y TORRERO MUÑOZ, *RGD*, septiembre 1998, p. 10637. Los argumentos de estos autores van desde la ineficacia frente a terceros de los pactos entre convivientes (en lo que estoy de acuerdo, mas no lo estoy en que ello deba impedir un pacto como el descrito, cuya eficacia quede circunscrita a las relaciones *inter partes*), hasta la imposibilidad de aplicar a las uniones de hecho las reglas del matrimonio recurriendo a la analogía (que no creo que sea el caso: no estamos hablando de la aplicación analógica del régimen económico matrimonial, sino de la posibilidad o no de que dicho régimen pueda ser pactado en una unión de hecho), pasando por que las capitulaciones matrimoniales son el único instrumento en que cabe pactar un régimen económico (lo que, siendo cierto respecto del matrimonio, no tiene por qué serlo en las uniones de hecho, cuyos miembros, evidentemente, no pueden otorgar tales capítulos), o por que dichos regímenes se articulan a partir de la existencia de un previo matrimonio (lo que, en mi opinión, no impide que se extiendan por pacto a la unión de hecho) (*vid.*, en sentido similar, ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5374 y 5375; admiten también los pactos a que vengo refiriéndome, aparte de este autor y los que cita, MESA MARRERO, *Las uniones*, pp. 123, 125 y 126 —con referencia a otras personas de la misma opinión en la nota 17—, o BUSTOS GÓMEZ-RICO, *CDJ*, XX, 1997, p. 482).

⁹⁷ ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5376 y 5377, y PANTALEÓN, *Uniones*, p. 74, y *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, pp. 122, 124 y 125.

⁹⁸ En este sentido, *vid.* las SSTS 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 11 de diciembre de 1992 (RJ 9733), 18 de febrero de 1993 (RJ 1246), 27 de mayo de 1994 (RJ 3753) y 11 de octubre de 1994 (RJ 7476). También, PANTALEÓN, *EJB*, vol. I, p. 1160.

cias, condominio ordinario o de cualquier otra forma)»⁹⁹. Asimismo, en el pacto podría regularse la contribución de los dos miembros de la pareja al sostenimiento de las cargas de ésta¹⁰⁰; y, para el caso de ruptura de la unión de hecho, cabría establecer reglas acerca del uso de la vivienda que hubiese constituido el hogar común¹⁰¹, o posibles compensaciones económicas, por ejemplo, por el trabajo que uno hubiera desempeñado gratuitamente para el otro o en el hogar común, o a fin de ayudar al sustento del que quedara en situación de necesidad¹⁰², o de compensar a aquél que pasara a peor situación respecto de la que hubiera gozado mientras la unión duró¹⁰³. A estas compensaciones económicas, así como a la contribución al sostenimiento de las cargas dedica la LUHM un par de normas, que paso a analizar en seguida por separado.

No obstante, no querría cerrar estas consideraciones generales sin referirme a los *pactos sucesorios* entre los miembros de la unión de hecho. Habida cuenta que tales pactos no son admisibles en el Derecho civil común español (arts. 658 y 1271.II CC), al menos como principio general, es claro que los miembros de una unión de hecho cuya vecindad civil sea la común no podrían establecerlos¹⁰⁴.

⁹⁹ En sentido parecido, *vid.* las SSTS 11 de diciembre de 1992 (RJ 9733), 27 de mayo de 1994 (RJ 3753), 27 de mayo de 1998 (RJ 3382) y 22 de enero de 2001 (RJ 1678). En cambio, sorprendentemente, la STS 4 de abril de 1997 (RJ 2731) señala que la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales ha de mantenerse cuando de la conducta de los convivientes no derive su exclusión; compárese esta sentencia con la del TS 23 de julio de 1998 (RJ 6131), del mismo ponente, Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada.

Asimismo es de reseñar la STS 27 de marzo de 2001 (RJ 4770), que hace una declaración similar a la de la STS 4 de abril de 1997 a que acabo de referirme, aunque en relación con el régimen económico matrimonial de separación de bienes, «que, desde luego —dice la sentencia— a salvo pactos en contra, es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho»; afirmación ésta que contradice lo afirmado por el Supremo en otras ocasiones, en el sentido de la inaplicación de dicho régimen a las uniones de hecho (STS 24 de noviembre de 1994 [RJ 8946]) de no mediar convenio al efecto (STS 18 de mayo de 1992 [RJ 4907]) (*vid.* a este respecto CRESPO MORA, *RdP*, núm. 9, 2002-2, pp. 523 y 524, y OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, p. 608).

¹⁰⁰ *Vid.* el caso resuelto por la STS 4 de junio de 1998 (RJ 3722).

¹⁰¹ Así, también, MESA MARRERO, *Las uniones*, p. 220. *Vid.*, asimismo, los casos resueltos por la STS 10 de marzo de 1998 (RJ 1272) —comentada por RIVERO HERNÁNDEZ, *CCJC*, núm. 47, 1998, pp. 867 ss.—, la STS 17 de enero de 2003 (AJA 6.2.2003, núm. 564) y la STSJ de Cataluña 10 de marzo de 1997 (RJ 1998, 7751).

¹⁰² A este respecto hay que recordar que la obligación de alimentos puede pactarse (art. 153 CC), y, naturalmente, ello es posible también entre convivientes; éstos pueden establecer que dicha obligación sea efectiva durante la convivencia y/o al término de la misma (*vid.* en este punto GARCÍA RUBIO, *Alimentos*, p. 208, nota 108; BUSTOS GÓMEZ-RICO y GONZÁLEZ POVEDA, *CDJ*, XX, 1997, pp. 442-443 y 529, respectivamente; MESA MARRERO, *Las uniones*, pp. 152 y 153; y OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, pp. 600 y 603).

¹⁰³ A juicio de BUSTOS GÓMEZ-RICO (*CDJ*, XX, 1997, p. 444) es indudable que el derecho a una pensión restablecedora del equilibrio económico existente entre la pareja durante la convivencia puede ser objeto de convenio; en sentido parecido *vid.* OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, p. 600.

¹⁰⁴ *Vid.*, en cambio, y a simple título de ejemplo, el artículo 16 LPENC.

Si cualquiera de ellos quisiera atribuir al otro derechos sucesorios no tendrá más vía que la de otorgar testamento y disponer en su favor de la parte libre ¹⁰⁵, más allá de la cual cualquier atribución gratuita pasará por inoficiosa en cuanto al exceso; de fallecer uno de ellos sin testamento, de todos es sabido que el compañero sobreviviente no está entre los llamados abintestato ¹⁰⁶.

2. En particular, las compensaciones económicas para el caso de cese de la convivencia

1. El artículo 4.2 LUHM dispone: «Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil».

Hay que destacar, en primer lugar, que la LUHV, que es la que claramente ha servido de modelo a la ley madrileña y cuyo artículo 4 es prácticamente idéntico en lo esencial al artículo 4 LUHM salvo por lo que en seguida se dirá, no contiene ninguna regla similar a la que se acaba de transcribir. Regla ésta que, como resulta evidente, se inspira directamente en el artículo 97 CC, al que expresamente se remite en punto a las circunstancias a ponderar a los efectos previstos por la norma. En realidad, que los miembros de una unión de hecho sometida a la LUHM pueden pactar una compensación económica para el caso previsto en el artículo 4.2 LUHM es algo que hubiera resultado evidente aunque la LUHM nada hubiera dicho al respecto, pues se trata de un pacto afectante a los aspectos patrimoniales de la relación y, como tal, posible y válido conforme al artículo 4.1 LUHM ¹⁰⁷, siempre que no sobrepase los límites resultantes de los artículos 1255 CC y 4.4

¹⁰⁵ Evidentemente, la licitud de tales disposiciones tampoco podría cuestionarse por el hecho de que se trate de una unión de hecho; *vid.* al respecto la STS 18 de noviembre de 1994 (RJ 8777).

¹⁰⁶ Acerca de lo absurdo —que no inconstitucional— de esta situación, *vid.* las observaciones de PANTALEÓN, *Uniones*, p. 75, con las que coincido plenamente. A favor de la inclusión de los convivientes entre los sucesores *abintestato* se han expresado también BUSTOS GÓMEZ-RICO, *CDJ*, XX, 1997, p. 458, y MESA MARRERO, *Las uniones*, p. 305 —junto con los que cita en la nota 117 de dicha página—, entre otros.

El artículo 34 LUEP, afectante a las parejas homosexuales, y el artículo 13 LPEB sí reconocen derechos sucesorios *abintestato* a los miembros de las uniones de hecho.

¹⁰⁷ En sentido parecido, LÓPEZ AZCONA, *La ruptura*, p. 135.

LUHM¹⁰⁸. Lo que ocurre es que el artículo 4.2 LUHM lleva su paralelismo con el artículo 97 CC al extremo de exigir imperativamente que las compensaciones se fijen tomando en consideración las mismas circunstancias que prevé ese artículo.

2. Si, según el artículo 97 CC, tiene derecho a una pensión el cónyuge al que la separación o divorcio le produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento respecto de su situación anterior en el matrimonio¹⁰⁹, el artículo 4.2 LUHM permite a los miembros de la unión de hecho pactar una compensación económica para el caso de que el cese de la convivencia comporte para uno de ellos un desequilibrio similar. Por tanto, *la apreciación de este desequilibrio supone, no sólo comparar la situación económica que cada uno de los miembros de la pareja tenía durante la convivencia con la que pasa a tener tras su cese, sino que también hay que contrastar la situación económica en la que queda cada uno de ellos respecto del otro*¹¹⁰; el cese de la convivencia supone habitualmente un descenso del nivel de vida, porque los gastos (de vivienda, suministros básicos, etc.) se duplican, pero uno de los miembros de la pareja puede notar más acusadamente ese descenso que el otro; al igual que en las hipótesis de ruptura matrimonial, en la de las uniones de hecho los casos más evidentes de desequilibrio se darán cuando uno de los miembros de la pareja haya renunciado a tener su propia ocupación y propios ingresos por dedicarse al cuidado del hogar y la familia o a ayudar en su trabajo al otro, encontrándose tras la ruptura sin un empleo y sin una fuente de ingresos propia. Por eso se ha dicho, en relación con el artículo 97 CC, que «se trata de compensar a aquel de los

¹⁰⁸ Del mismo modo, cualquier unión de hecho no sometida a ninguna de las leyes autonómicas que contienen su propia normativa en punto a las compensaciones exigibles al cesar la convivencia (y a las que en seguida me referiré), podría establecer pactos a este respecto, al amparo de la doctrina jurisprudencial que admite la regulación convencional de los efectos patrimoniales de estas uniones dentro de los límites del artículo 1255 CC, y a la que ya aludí *supra*.

¹⁰⁹ De acuerdo con el Código civil, los cónyuges que presenten de mutuo acuerdo demanda de separación o de divorcio deben ponerse de acuerdo en la pensión que conforme al artículo 97 CC corresponda satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges, para incluirla en la propuesta de convenio regulador que debe acompañar a la demanda [art. 90.E) en relación con los arts. 81.1.º y 86 i), f) CC].

¹¹⁰ La LPHA contiene una curiosa regla en este punto, que puede que sea fruto de un desliz; su artículo 10.II prevé la posibilidad de que los miembros de la pareja pacten una «compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación *previa al establecimiento de la convivencia*» (la cursiva es mía); la comparación, pues, se establece en parámetros distintos a los de los artículos 97 CC y 4.2 LUHM, pues uno de sus referentes no es la situación previa a la ruptura sino la previa a la convivencia misma.

cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicamente»¹¹¹. De hecho, la dedicación pasada a la familia y la colaboración en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro miembro de la pareja, son algunas de las circunstancias que, conforme al artículo 4.2 LUHM en relación con el artículo 97 (4.ª y 5.ª) CC, habrán de tenerse en cuenta al pactar la compensación.

3. En realidad, ambas circunstancias (dedicación pasada a la familia y colaboración en las actividades del otro) pueden ser relevantes a dos efectos distintos cuando cesa la convivencia. De un lado, como se acaba de ver, como datos a ponderar al pactar la compensación conforme al artículo 4.2 LUHM. El otro posible efecto no se halla contemplado en la LUHM, aunque sí en otras leyes autonómicas sobre uniones de hecho, habiendo sido admitido asimismo por el TS. Me refiero a una posible *pretensión por enriquecimiento injusto*; partiendo del caso de separación entre los patrimonios de ambos convivientes, no me parece dudoso¹¹² que cuando uno de los miembros de la pareja atiende a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos, o trabaja para el otro sin contraprestación alguna (o por una contraprestación insuficiente), éste se habrá enriquecido (ahorrándose unos gastos que de otro modo habría debido afrontar) a costa de aquél, que correlativamente se habrá empobrecido (por no haber ganado nada con su trabajo), sin que la mera convivencia sea razón que justifique tal situación, pues aunque la convivencia puede llegar a justificar la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho y el trabajo para la casa podría computarse como tal contribución, si la misma es excesiva, no puede quedar justificada (y no dar lugar a efecto alguno) por el simple hecho de que quien la realizó formara una unión de hecho con quien se benefició de ella¹¹³. El propio TS lo ha admitido así; *v. gr.*, en su sentencia de 11 de diciembre de 1992 (RJ 9733),

¹¹¹ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. IV, p. 131.

¹¹² Y tampoco a otros autores, como ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5391 ss., y los que allí cita (*vid.* particularmente la nota 71 de su trabajo), a quienes aún cabe añadir, *v. gr.*, a CORRAL GIJÓN, *RCDI*, núm. 664, 2001, pp. 577 a 579, y a OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, pp. 608, 609 y 610; *vid.*, también, LÓPEZ AZCONA, *La ruptura*, nota 88 de p. 71.

¹¹³ *Vid.* al respecto PANTALEÓN, *Uniones*, pp. 74 y 92; este autor defiende, además, la posible aplicación del artículo 1483 CC a las uniones de hecho por analogía *iuris*, no por analogía con el matrimonio, en cuanto de dicho precepto cabe deducir que las prestaciones entre convivientes no son necesariamente gratuitas, por lo que pueden generar pretensiones de enriquecimiento en favor de aquél que haya hecho una aportación excesiva a las cargas de la convivencia mediante su trabajo en casa. Por su parte, el TS, tras defender la inaplicabilidad del artículo 1483 CC a las uniones de hecho en la sentencia 24 de noviembre

por la que estimó una pretensión por enriquecimiento injusto hecha valer por una mujer contra el hombre con quien había convivido *more uxorio* varios años, y al que había ayudado en sus relaciones profesionales y sociales, así como en la vida doméstica¹¹⁴. Recientemente, la STS 17 de enero de 2003 (AJA 6.2.2003, núm. 564) parece recurrir a esta misma justificación para fundar el derecho de la mujer a obtener, como compensación por la ruptura de la convivencia, el valor del tercio de los bienes adquiridos durante ella, todos los cuales figuraban a nombre del hombre; el Supremo admite que la mujer no había realizado aportación económica alguna en la adquisición de dicho patrimonio y que no había trabajado para el hombre, pero insiste en que «hay que evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes»; de ahí que se otorgue a la mujer, como perjudicada, una indemnización por ruptura «evitando así el perjuicio injusto –sin causa– que ha sufrido. Lo cual –continúa la sentencia– se relaciona con la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto»¹¹⁵.

Como anticipaba antes, varias leyes autonómicas han contemplado el posible enriquecimiento injusto en el ámbito de las uniones de hecho; así, las leyes catalana, aragonesa, navarra y balear disponen para el caso de cese de la convivencia en vida de los dos convivientes, que aquél que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a una compensación económica si por tal motivo se ha generado una desigualdad patrimonial entre ambos

de 1994 (RJ 8946), partiendo sin más de que no es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras de los regímenes económico matrimoniales, parece haber cambiado de opinión en la sentencia de 27 de marzo de 2001 (RJ 4770).

PANTALEÓN (*Uniones*, p. 74) resalta también cómo puede entenderse que la participación de uno de los convivientes en las actividades empresariales del otro supone un pacto implícito de sociedad de hecho. En tal caso, no sería preciso recurrir al enriquecimiento injusto para poder compensar al que trabajó gratuitamente.

¹¹⁴ En ella, destaca los cuatro requisitos precisos para apreciar enriquecimiento injusto: «a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el empobrecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio».

¹¹⁵ Vid. también la STS 27 de marzo de 2001 (RJ 4770). Otras sentencias admiten que la doctrina del enriquecimiento injusto pueda aplicarse en hipótesis de ruptura de una unión de hecho, aunque descartan su aplicación al caso concreto por entender que no concurrían sus requisitos, o por ser otra la pretensión ejercitada: así, las SSTs 22 de julio de 1993 (RJ 6274), 27 de mayo de 1994 (RJ 3753), 20 de octubre de 1994 (RJ 7492) y 24 de noviembre de 1994 (RJ 8946), y la STSJ de Cataluña 10 de marzo de 1997 (RJ 1998, 7751).

Sobre la aplicación judicial del enriquecimiento injusto a las uniones de hecho puede consultarse, v. gr., LÓPEZ AZCONA, *La ruptura*, pp. 67 ss. y OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, pp. 603 a 605.

que implique un enriquecimiento injusto [arts. 13 y 31.1 LUEP, 5.5 LFIJPE ¹¹⁶, 7.1.b) LPENC y 9.2.b) LPEB] ¹¹⁷.

Al amparo de la LUHM, ¿sería posible que quien reclamase una compensación económica pactada conforme al artículo 4.2 LUHM hiciese valer asimismo una pretensión por enriquecimiento injusto por razones del tipo de las señaladas?. En mi opinión, la compatibilidad de ambas pretensiones es defendible. Es cierto que la dedicación pasada a la familia y la colaboración en las actividades del otro ya son circunstancias a tener en cuenta al fijar la compensación del artículo 4.2 LUHM, porque se contemplan en el artículo 97.4.^a y 5.^a CC; pero, a mi modo de ver, la pensión del artículo 97 CC (de la que es trasunto, en el campo de las uniones de hecho, nuestro artículo 4.2 LUHM) y la pretensión de enriquecimiento injusto tienen distinta razón de ser y persiguen fines diferentes, aunque para esos fines puedan atender a circunstancias en parte coincidentes ¹¹⁸. En este sentido cabe citar la STSJ Cataluña 31 de octubre de 1998 (DER. 1998/36606), relativa al artículo 97 CC y al antiguo artículo 23 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, hoy ya sustituido por el artículo 41 del Código de familia catalán, que es el precedente inmediato de los artículos 13 y 31.1 LUEP, antes citados. El artículo 23.I de la Compilación establecía, en sede de matrimonio y respecto del régimen de separación de bienes, que el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se hubiera dedicado al hogar o hubiera trabajado para el otro cónyuge, tendría derecho a recibir del mismo, cuando se extinguiera el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por dicho defecto retributivo se había generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge; el artículo 41.1 del Código de familia se expresa hoy en términos muy similares, aunque aludiendo ya al enriquecimiento injusto cuando se hace referencia a la desigualdad entre el patrimonio de los cónyuges; la LUEP transfirió esta regla al ámbito de las uniones de hecho (aunque con un carácter imperativo que no existe en el Código de familia). Pues bien, después de que la AP de Barcelona mantuviera reiteradamente la incompatibilidad entre la pensión del artículo 97 CC y la compensación económica prevista en el artículo 23 Compilación por

¹¹⁶ En la ley navarra esta regla se aplica en defecto de pacto.

¹¹⁷ Los artículos 7.1a) LPENC y 9.2a) LPEB prevén otro caso de posible enriquecimiento injusto: que un conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.

¹¹⁸ Como observa PANTALEÓN (*Uniones*, p. 80), «es indudable que entre los elementos que computan la pensión compensatoria hay algunos que podrían dar lugar a una pre-

entender que, si era procedente ésta ya no tenía sentido aplicar el artículo 97 CC, pues desaparecía el desequilibrio irrogado por la separación o divorcio¹¹⁹, la citada STSJ Cataluña 31 de octubre de 1998 vino a mantener todo lo contrario: «... La pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil –dice– tiende a eliminar desequilibrios futuros, mientras que el artículo 23 de la Compilación compensa desequilibrios pasados, corrige una situación de desigualdad patrimonial generada durante el matrimonio por mor de la dedicación de uno de los cónyuges a la casa o al trabajo del otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente...»; eso sí, la sentencia precisa que el orden lógico exige examinar en primer término si se dan los presupuestos del artículo 23 para, de ser así, calcular el importe de la compensación; sólo después –sigue el TSJ–, y «teniendo en cuenta, en su caso, la compensación acordada, hay que decidir si procede la pensión compensatoria y calcular su cuantía».

El artículo 41.3 Código de familia afirma ya abiertamente que el derecho a la compensación que regula «es compatible con los demás derechos de carácter económico» que correspondan al cónyuge beneficiado, y también que debe tenerse en cuenta al fijar esos otros derechos, entre los cuales puede hallarse el de percibir una pensión compensatoria (art. 84 Código de familia). Ya respecto de las uniones de hecho, la LUEP dispone que la compensación económica de los artículos 13 y 31.1 (por enriquecimiento injusto) y la pensión periódica de los artículos 14 y 31.2¹²⁰ son compatibles, aunque deben reclamarse conjuntamente para su adecuada ponderación (arts. 16.1 y 32.1 LUEP)¹²¹.

tensión de enriquecimiento; pero aunque en la práctica, en los casos de mujer dedicada al cuidado de los hijos que convive, la solución sea muy parecida, en otros muchos no. Por tanto, es muy importante separar claramente los conceptos...». Admite también la compatibilidad de ambos tipos de pretensiones CRESPO MORA, *RdP*, núm. 9, 2002-2, p. 523.

¹¹⁹ *Id.* a este respecto MONTERO AROCA, *La pensión*, pp. 340 ss.

¹²⁰ Es ésta una pensión exigible por el miembro de la unión de hecho que, tras la ruptura, la necesite para su sustento y se halle en uno de estos dos casos: o bien que la convivencia hubiera disminuido su capacidad de obtener ingresos –idea ésta que late también en la justificación del artículo 97 CC, circunstancias 4.ª y 5.ª–, o bien que tenga a su cargo hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida –cfr. art. 97.4.ª CC: dedicación futura a la familia–. En términos muy similares a éstos, también prevén el derecho a una pensión periódica los artículos 5.4 LFIJPE y 9.1 LPEB; el artículo 7.2 LPENC limita su reconocimiento al caso apuntado en segundo lugar (cuidado de los hijos comunes).

¹²¹ Parecidamente se expresa el artículo 10.5 LPEB.

Para GAVIDIA SÁNCHEZ (*Act. Civ.*, núm. 17, 2001, pp. 615 a 617), las normas que acabo de citar nunca deben conducir a que uno de los convivientes tenga que pagar al otro más de la cantidad en que se estime que se ha enriquecido a costa de él; de otro modo, entiende que se estaría vulnerando el derecho a la libre ruptura de la unión no matrimonial, que el mismo autor considera exigencia de la libertad de elección entre ésta y el matrimonio, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. No obstante, en mi opinión, el tenor de los preceptos aludidos hace muy difícil mantener esta interpretación.

En mi opinión, por tanto, no debería haber inconveniente para hacer valer el enriquecimiento injusto experimentado por el otro miembro de la pareja y, conjuntamente, reclamar la compensación económica por desequilibrio pactada al amparo del artículo 4.2 LUHM. Así, por ejemplo, el cuidado de hijos y hogar puede suponer, no sólo una pérdida de ingresos en el momento en que se desarrolla gratuitamente (lo cual, de darse los demás presupuestos del enriquecimiento injusto, justificaría esta pretensión) sino, además, una pérdida de expectativas futuras (por la dificultad de encontrar un trabajo después de haber estado inactivo unos años, o de encontrar un empleo a partir de determinada edad, o sin contar con una determinada formación, etc.), que la previsión del artículo 4.2 LUHM trataría de compensar.

La posición del TS en este punto no es clara. Sí que ha destacado que el juez puede, sin incurrir en incongruencia, variar la fundamentación jurídica aducida en el suplico siempre que con ello no altere la *causa petendi*, y, así, acoger la doctrina del enriquecimiento injusto aun cuando la demanda se hubiera basado en la aplicación analógica del artículo 97 CC [STS 27 de marzo de 2001 (RJ 4770)], o, a la inversa, aplicar éste aunque la petición del suplico haga referencia al enriquecimiento sin causa [STS 5 de julio de 2001 (RJ 4993)]¹²². La sentencia citada en primer lugar, tras admitir que la reclamación del suplico (una indemnización de 30 millones de pesetas por los perjuicios sufridos por la mujer «derivados de una larga convivencia, dedicación a la familia durante más de veinte años, y por la diferencia económica existente entre las partes, originada por la ruptura») permitía acoger la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, añade que, con todo, no se podía rechazar, para fundar jurídicamente la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho; punto éste en el que la sentencia menciona, no sólo la analogía *legis* respecto de los artículos 97 y 1438 CC, sino también la analogía *iuris* que sirvió a la STS 10 de marzo de 1998 (RJ 1272) para deducir un principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado; de este modo, la indemnización finalmente concedida parece justificarse a partir de todos los argumentos señalados, sin deslindar lo que pudiera deducirse del enriquecimiento injusto de un lado, y del artículo 97 CC de otro. La STS 5 de julio de 2001 (RJ 4993), por su parte, resuelve la demanda (en la que se solicitaba que el demandado fuera condenado al pago de una pensión periódica o, subsidiariamente, de una indemnización por enriquecimiento injusto, o, en defecto de lo anterior, de una pensión de rehabilitación

¹²² *Vid.*, también, la STS 17 de enero de 2003 (AJA 6.2.2003, núm. 564).

basada en el artículo 1902 CC) recurriendo a la aplicación analógica del artículo 97 CC sin más.

Por último, la STS 16 de julio de 2002 (RJ 6246) sí que parece partir de que enriquecimiento injusto y pensión *ex* artículo 97 CC se excluyen entre sí como posibles fundamentos de una pretensión indemnizatoria a raíz de la ruptura de una unión de hecho, puesto que en ella se dice: «Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente (de un modo definitivo las sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) considera más adecuada la aplicación analógica (art. 4.1 del Código civil) del artículo 97 del Código civil...»¹²³.

4. Estas sentencias nos llevan a otra cuestión. La aplicación analógica del artículo 97 CC a las uniones de hecho en el momento de su ruptura admitida por el TS¹²⁴, puede afectar a aquellas unio-

¹²³ Por mi parte, no creo que la citada STS 27 de marzo de 2001 considere más adecuado aplicar analógicamente el artículo 97 CC, sino que, como ya expuse, este argumento se utiliza junto con otros para justificar la condena al pago de una indemnización compensatoria.

¹²⁴ La posición del TS acerca de la admisión o no de la aplicación analógica de las reglas del matrimonio a las uniones de hecho ha experimentado una llamativa evolución (sobre esta cuestión puede consultarse OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, pp. 605 ss.). De un lado, son múltiples las sentencias en que el Supremo se manifestó en contra de tal aplicación [SSTS 21 de octubre de 1992 (RJ 8589), 20 de octubre de 1994 (RJ 7492) y 30 de diciembre de 1994 (RJ 10391)], refiriéndose especialmente a las normas sobre regímenes económico matrimoniales [SSTS 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 18 de febrero de 1993 (RJ 1246), 22 de julio de 1993 (RJ 6274), 27 de mayo de 1994 (RJ 3753), 11 de octubre de 1994 (RJ 7476), 24 de noviembre de 1994 (RJ 8946), 4 de marzo de 1997 (RJ 1640) y 23 de julio de 1998 (RJ 6131)] y, en ocasiones, a preceptos concretos sobre la ruptura matrimonial [asumen la inaplicabilidad por analogía del art. 97 CC, v. gr., las SSTS 11 de diciembre de 1992 (RJ 9733) y 30 de diciembre de 1994 (RJ 10391)]. Sin embargo, este principio comenzó a quebrarse en la STS 16 de diciembre de 1996 (RJ 9020), que, aun reiterando la jurisprudencia anterior, admitió la aplicación analógica del artículo 96.III CC respecto de una unión de hecho. Después, la STS 4 de abril de 1997 (RJ 2731) vino a mantener que procedía la aplicación analógica del régimen de gananciales cuando no existieran elementos derivados de la propia conducta de los convivientes *more uxorio* determinante de la exclusión de esa aplicación (elementos cuya concurrencia se apreció en el caso resuelto). Más tarde, la STS 10 de marzo de 1998 (RJ 1272) se basa en la analogía *iuris* para (partiendo del art. 96 CC, entre otras normas) deducir un supuesto principio general de «protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho» (acerca de tal principio y de la forma de proceder del TS para inferirlo, *vid.* las consideraciones críticas de ALVAREZ LATA, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 25, y OLIVA BLÁZQUEZ, *RdP*, núm. 9, 2002-2, p. 611); este principio es invocado después por la STSJ Cataluña 15 de enero de 2001 (RJ 8169) y por las SSTS 27 de marzo de 2001 (RJ 4770) y 17 de enero de 2003 (AJA 6 de febrero de 2003, núm. 564); en concreto esta última insiste en la posibilidad de valerse de la analogía *iuris*, «que da lugar a la aplicación de los principios generales del derecho», antes de señalar como expresión de uno de estos principios la institución del enriquecimiento injusto, con base en el cual parece resolver finalmente el caso. La citada STS 27 de marzo de 2001 (RJ 4770) y las SSTS 5 de julio de 2001 (RJ 4993) y 16 de julio de 2002 (RJ 6246), como vimos algo más arriba, defienden sin paliativos el recurso a la analogía *-legis-* para regular las indemnizaciones exigibles tras la ruptura de la unión de hecho conforme al artículo 97 CC; recurso que la STS 27 de marzo de 2001 extiende también a los artículos 1438 CC y 96 CC.

nes de hecho que queden fuera del ámbito de aplicación de la LUHM (por ejemplo, parejas no inscritas en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, pese a reunir todos los demás requisitos previstos en los artículos 1 y 2 LUHM), siempre, claro está, que tampoco estén sometidas a otra ley autonómica sobre uniones de hecho que regule esta cuestión (como las que analicé más arriba); de este modo, puede ocurrir que el artículo 97 CC se aplique a parejas que voluntariamente han dejado de lado matrimonio y unión de hecho regulada, y que tampoco han pactado, sea porque no han querido, sea por cualquier otro motivo, una pensión por ruptura (puesto que de haberlo hecho habría que estar en primer término a lo que hubieran acordado válidamente).

Está por ver si los tribunales también se atreven a aplicar analógicamente el artículo 97 CC a uniones de hecho sometidas a la LUHM pero cuyos miembros no hayan pactado compensación alguna para el caso de cese de la convivencia. En mi opinión, la aplicación analógica del artículo 97 CC no estaría justificada; lo primero que haría falta para fundamentarla sería apreciar una laguna legal (art. 4.1 CC), y no creo que aquí exista ninguna; la LUHM prevé que los miembros de una unión de hecho pueden regular convencionalmente la liquidación de sus relaciones económicas y prever compensaciones para el momento en que cese la convivencia; de modo que, si no lo hacen, no nos hallamos ante un supuesto no regulado legalmente y que, por tanto, haya que resolver de la mano de la analogía, sino que, *de acuerdo con la LUHM, no haber pactado una compensación ha de suponer que la misma no será exigible*; sin perjuicio de que quepa recurrir a otros remedios de carácter general, como el enriquecimiento injusto.

5. La remisión del artículo 4.2 LUHM al artículo 97 CC se refiere únicamente a las circunstancias que éste enumera ejemplificativamente, circunstancias que habrán de tenerse en cuenta por los convivientes de hecho al pactar las posibles compensaciones económicas por ruptura. Pero el artículo 97 CC y los relacionados con él contemplan, además, otras cuestiones que el artículo 4.2 LUHM ni siquiera apunta y que debemos plantearnos.

En cuanto a la *forma de la compensación económica*, parece claro que los convivientes pueden elegir la que deseen: una cantidad alzada de abono único al momento de cesar la convivencia, una pensión periódica, o la entrega de determinados bienes en propiedad o usufructo, por poner sólo algún ejemplo. Parece igualmente admisible que, acordada una forma de compensación, la misma puede ser sustituida por otra si los afectados lo acuerdan válidamente (cfr. art. 99 CC).

Si se opta por el abono de una pensión periódica, aparte de su *duración*, podrán preverse *bases para su actualización y garantías para su efectividad* (cfr. art. 97 i.f. CC), en el bien entendido que el mero acuerdo acerca de tales garantías (previsibles también respecto de otras formas de compensación) no podrá perjudicar a terceros (art. 4.5 LUHM)¹²⁵. En cuanto a la duración parece que, salvo casos muy puntuales en que pudiera considerarse justificado el establecimiento de una pensión con carácter indefinido (pensemos en una convivencia de muchos años, con uno de los miembros de la pareja dedicado a la familia y al hogar, que se encuentra, tras la ruptura, sin posibilidad real de encontrar ningún trabajo o colocación para procurarse sus propios ingresos), la regla ha de ser la de su limitación temporal, pues, de otro modo, probablemente nos hallaríamos ante un pacto gravemente perjudicial para el conviviente deudor y consiguientemente nulo conforme al artículo 4.4 LUHM¹²⁶.

En cualquier caso, dado que la razón de ser de la compensación económica pactada conforme al artículo 4.2 LUHM es el desequilibrio económico a que dicho precepto alude, parece claro que si ese desequilibrio se reduce (por ejemplo, porque el acreedor consigue un empleo o pasa a ganar más de lo que ganaba durante la convivencia), el deudor tendrá derecho a una *revisión de la cuantía de la pensión*; y si el desequilibrio desaparece por completo, el derecho a la compensación debe *extinguirse*. Esto es lo que resulta, en cuanto a la pensión compensatoria del artículo 97 CC, de los artículos 100 y 101.I CC; conforme al primero, las alteraciones sustanciales en la fortuna de cualquiera de los cónyuges posibilita la modificación de la pensión, y, de acuerdo con el segundo, el derecho a la pensión se extingue si cesa la causa que lo motivó. Y la misma razón de ser de estas reglas es apreciable respecto de las compensaciones pactadas en una unión de hecho.

Si nos fijamos en las leyes autonómicas sobre uniones de hecho que regulan la pensión periódica tras el cese de la convivencia, estableciendo que cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamársela al otro si la necesita para su sustento (lo cual no es preciso

¹²⁵ A este aspecto me refiero *infra*, en el apartado 4 del epígrafe IV.

¹²⁶ En este sentido, me parecen plenamente aplicables a nuestro caso las consideraciones de MONTERO AROCA (*La pensión*, pp. 99 y 100) en relación con el artículo 97 CC, cuando insiste en que «por medio de la pensión compensatoria no puede pretenderse que se mantenga indefinidamente un status económico, el que se tenía constante el matrimonio... La pensión debe atender a poner a los dos cónyuges en situación de paridad para que, cada uno por su lado, puedan resolver sus propios problemas económicos, partiendo de que los dos deben afrontar la vida, no pasivamente, sino de modo activo, procurando encontrar los medios de mantenerse y de hacerlo por medio de su trabajos». El mismo autor resalta cómo las resoluciones judiciales que aplican el artículo 97 CC en casos de crisis matrimoniales suelen fijar la pensión compensatoria de modo temporal (*op. cit.*, pp. 170 ss.).

para el pacto del art. 4.2 LUHM) y se halla en uno de los casos previstos por la norma, resulta que: 1.º) Muchas de ellas prevén la disminución o extinción de la pensión en la medida en que el desequilibrio que compensa disminuya o desaparezca (arts. 16.5 y 32.5 LUEP y 6.4 LFIJPE) o si cambian las circunstancias que dieron lugar a ella (art. 10.3 LPEB); y 2.º) la obligación se concibe con carácter temporal; si se basa en que el acreedor de la misma tiene hijos a su cargo, en condiciones en que queda disminuida su capacidad de obtener ingresos, la obligación se extingue cuando ese cuidado cesa o, por regla, si los hijos llegan a la mayoría de edad o se emancipan (arts. 16.4.i.f. LUEP, 7.2 LPENC, 6.2 i.f. LFIJPE y 10.2.II LPEB); y cuando la obligación deriva de que la convivencia ha disminuido la capacidad del acreedor de obtener ingresos, se prevé su extinción por el paso de tres años desde el cobro de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y por el matrimonio o convivencia marital del receptor (arts. 16.4 y 32.4 LUEP, 6.2 LFIJPE y 10.2.I LPEB).

La LUHM ha sido mucho más parca, porque parte de un pacto entre los convivientes, y éstos podrán prever las causas de extinción o modificación de la pensión. El pacto, también en este punto, deberá respetar los límites generales del artículo 1255 CC y los previstos en el artículo 4.4 LUHM. Y, al margen de él, como ya he dicho, habrá que admitir la posible variación o incluso la extinción de la pensión en cuanto varíe o desaparezca el desequilibrio del que parte el artículo 4.2 LUHM.

6. Para terminar con esta cuestión, conviene decir algo acerca del momento en que se haría efectivo el derecho a obtener la compensación económica pactada. El artículo 4.2 LUHM alude al cese de la convivencia. Mas es evidente que si dicho cese se debe al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja no estaríamos en el caso contemplado en el artículo 4.2 LUHM, pues este precepto alude al desequilibrio económico entre los dos convivientes, lo que presupone una ruptura en vida de ambos. Y si los miembros de una unión de hecho pactaran que, al morir uno de ellos, el otro recibiera con cargo a su herencia una determinada compensación, estaríamos ante un pacto sucesorio no admitido en Derecho civil común (arts. 658 y 1271.II CC).

Viviendo ambos miembros de la pareja, el cese de la convivencia puede ser resultado tanto de la decisión concorde de ambos, como de la determinación de uno de ellos de poner fin a la relación. En el segundo caso, se puede dar la circunstancia de que quien tome la iniciativa para acabar con la convivencia sea quien queda en situación de desequilibrio económico, pudiendo por ello exigir la

compensación pactada; pero lo mismo ocurre en sede matrimonial, cuando el causante de la separación o del divorcio es precisamente quien queda peor parado y exige por ello la pensión compensatoria del artículo 97 CC. Cabría preguntarse por la validez de un pacto entre los convivientes que previera la exclusión de la compensación económica pactada conforme al artículo 4.2 LUHM en el caso de que fuera el más desfavorecido quien pusiera fin a la convivencia, esto es, que limitara la posibilidad de exigir la compensación a los casos en que la convivencia terminara de mutuo acuerdo o a iniciativa del obligado a pagarla; pero, aun en el supuesto de que se admitiera la validez de tal pacto, el mismo no impediría a quien quedara en peor situación y hubiera puesto fin a la convivencia hacer valer contra el otro los remedios de orden general que ofrece nuestro ordenamiento, como, en su caso, la pretensión de enriquecimiento injusto ¹²⁷.

3. La contribución al sostenimiento de las cargas de la unión de hecho

1. Dispone el artículo 4.3 LUHM: «A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos» ¹²⁸. La interpretación de esta norma plantea, como veremos, ciertas dificultades.

Diversas leyes autonómicas imponen con total claridad la obligación de los miembros de la unión de hecho de contribuir al sostenimiento de las cargas de la misma; en concreto, las leyes catalana, aragonesa, navarra y balear disponen que, en defecto de pacto, los miembros de la pareja estable *contribuirán* al mantenimiento de la vivienda (o *casa*, como prefiere decir la ley catalana) y gastos comunes (así, los arts. 3.1 y 22.2 LUEP, 5.3 LPENC y 5.3 LFIJPE), o al sustento de las cargas familiares (art. 5.1 LPEB), en la medida o con los medios que cada una de las normativas pasa a detallar. Es evidente que el referente de estas normas ha sido, una vez más, la

¹²⁷ Precisamente porque subsistiría esta posibilidad, es discutible que el pacto del que hablábamos pudiera considerarse como gravemente perjudicial para uno de los convivientes a los efectos del artículo 4.4 LUHM; y, en tanto que el mismo sea aplicable en idénticos términos a ambos convivientes (en el sentido de que el que abandone al otro no va a tener derecho a la compensación pactada, aunque se diera la situación de desequilibrio) no podría considerarse limitativo de la igualdad de derechos correspondientes a cada conviviente (también a los efectos del artículo 4.4 LUHM).

¹²⁸ En idénticos términos se expresa el artículo 4.2 LUHV.

regulación del matrimonio ¹²⁹. Sin entrar en las reglas existentes al respecto en los Derechos civiles forales ¹³⁰, y ateniéndonos al Derecho civil común, las reglas que nos interesan se encuentran en los artículos 1318 y 1438 CC; el artículo 1318, aplicable a todo matrimonio con independencia de cuál sea su régimen económico, establece en su primer párrafo la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio, con lo que está presuponiendo la obligación de los esposos de contribuir a ese levantamiento. Obligación que, ya en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes, se afirma con toda claridad en el primer inciso del artículo 1438 CC (donde nos encontramos de nuevo la fórmula imperativa *contribuirán*); en el segundo inciso se precisa, además, la forma en que se hará efectiva tal contribución: a falta de convenio, en proporción a los respectivos recursos económicos de los cónyuges, lo cual es extensible a cualquier caso más allá del régimen de separación.

El artículo 4.3 LUHM, a diferencia de las normas autonómicas y de Derecho civil común que acabo de citar, no dice en ningún momento que los miembros de la unión de hecho *contribuirán* al sostenimiento de las cargas, optándose por la redacción que se ha reproducido supra. De dicho precepto resulta claramente que, como no podía ser menos, en los pactos de convivencia se puede regular la forma y medida en que cada uno de los miembros de la pareja debe contribuir al levantamiento de las cargas de la unión; naturalmente, sólo con efectos *inter partes* (art. 4.5 LUHM), y siempre que se respeten los límites que resultan del artículo 1255 CC (y art. 4.4 LUHM). Pero, para el caso de que no haya pacto al respecto, el artículo 4.3 LUHM sienta una presunción *iuris tantum*: la de que los miembros de la unión de hecho contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas en proporción a sus recursos. La única prueba en contrario que se me ocurre podría aportarse para romper tal presunción, sería la de que, de facto, la pareja se reparte la contribución al levantamiento de las cargas, no ya en proporción a sus recursos, sino de otra forma, por ejemplo, por partes iguales; mas, ¿no estaríamos entonces ante un pacto tácito o implícito que, consecuentemente, excluiría el juego de la presunción? ¹³¹. Sea

¹²⁹ Aunque en ese proceso de «trasvase» del matrimonio a la unión de hecho se han producido en ocasiones algunos desajustes: *vid.*, por lo que a la ley catalana respecta, las observaciones de MARTÍN CASALS, *DPC*, núm. 12, 1998, p. 175.

¹³⁰ *Vid.*, *v. gr.*, el artículo 5.1 del Código de Familia catalán, o el apartado *b*) de la Ley 103 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

¹³¹ Recuérdese que yo antes he defendido que el requisito de la escritura pública a que alude el artículo 4.1 LUHM no es esencial para la validez de los pactos, que, por tanto, pueden revestir cualquier forma.

como fuere, me parece evidente que la regla del artículo 4.3 LUHM no puede estar pensada para surtir efectos respecto de terceros (en esencia, aquellos que hubieran contratado con uno de los miembros de la pareja en el ámbito de lo que se consideran cargas de la unión de hecho: por ejemplo, el profesor que da clases particulares a uno de los hijos de la pareja); si un eventual pacto entre convivientes sobre el reparto de las cargas no surte efectos frente a terceros, ni siquiera aunque conste en escritura pública y esté inscrito (art. 5.4 LUHM), tampoco puede pretenderse que les afecte el modo en que, en la práctica y aún sin pacto expreso, la pareja haga ese reparto¹³².

Parece, pues, que el legislador ha querido establecer una regla que, en las relaciones internas, permita a cualquiera de los miembros de la unión de hecho reclamarle al otro que cumpla con su parte en el levantamiento de las cargas de ésta; pero la forma de hacerlo no ha podido ser más desafortunada¹³³. Para resolver la reclamación habría que estar en primer término a lo pactado; en su defecto, cabría exigir la contribución equitativa y proporcional a los recursos a que alude el artículo 4.3, a no ser –y de nuevo nos topamos con lo mismo– que el demandado rompa la presunción establecida en el citado precepto, demostrando que la pareja había venido haciendo el reparto conforme a otros parámetros; otra vez nos hallamos, probablemente, ante un pacto tácito que debería excluir el juego de la presunción; mas, sea como fuere, lo cierto es que habría que estar a lo que se hubiera venido haciendo, en lugar de a la distribución proporcional a los respectivos recursos.

De otra parte, cuando, en su caso, se liquiden las relaciones económicas de la pareja tras el cese de la convivencia, puede que la forma en que se distribuyera el levantamiento de las cargas de la unión de hecho mientras duró sea relevante si alguno de los miembros de la pareja exige una compensación económica al otro; también a estos efectos será de aplicación el artículo 4.3 LUHM.

2. La LUHM no especifica qué entiende por *cargas de la unión*. Algunas de las leyes autonómicas sobre uniones de hecho, en cambio, sí que ofrecen diversos criterios al respecto; de ellas resulta que se consideran como tales *el mantenimiento de la vivienda* (o casa, como prefiere decir la LUEP) y *los gastos comunes* (así,

¹³² Por lo demás, tampoco una norma como la del artículo 1438 CC tiene más alcance que el de repartir *entre los cónyuges* los gastos derivados de cargas del matrimonio (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. IV, p. 215).

¹³³ Sencillamente, la ley no puede presumir una obligación *salvo prueba en contrario*; puede, eso sí, establecer una determinada obligación para el caso de que las partes no pacten otra cosa, en cuyo caso, si falta tal pacto, operará sin más –y sin posibles *pruebas en contra* (¿de qué?)– la previsión legal que establece la obligación.

los arts. 4.1 y 23.1 LUEP, 5.3.II LPENC y 5.3.I LFIJPE); dentro de los gastos comunes –o cargas familiares, como prefiere decir la LPEB (art. 5.2.I)– suelen incluirse *los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos* ¹³⁴, mencionándose especialmente los siguientes: los originados en concepto de alimentos, educación, atención médico-sanitaria y vivienda ¹³⁵. Pues bien, me parece que estos mismos gastos pueden considerarse como cargas de la unión a los efectos del artículo 4.3 LUHM ¹³⁶. Más aún si se tiene en cuenta que los mismos coinciden esencialmente con los mencionados en el artículo 1362.1.ª CC, siendo éstos los que suelen considerarse como cargas del matrimonio a los efectos del artículo 1318 CC ¹³⁷.

4. La eficacia *inter partes* de los pactos y su inscripción

1. De acuerdo con el artículo 5.1 LUHM, los pactos de convivencia podrán inscribirse en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid «siempre que en ellos concurren los requisitos de validez expresados» en el artículo 4 LUHM; el asiento será el de inscripción complementaria (*vid.* el art. 6 del Reglamento del citado Registro). Para ello será preciso que lo pidan los dos miembros de la unión conjuntamente (art. 5.2 LUHM), quienes deberán acompañar su solicitud con la escritura pública en la que se esta-

¹³⁴ En este punto la ley catalana ordena tener en cuenta los usos y nivel de vida de la pareja (artículos 4.1 y 23.1 LUEP), mientras que la ley balear alude a los usos *sociales* y también al nivel de vida de la pareja (art. 5.2.I LPEB); cfr. art. 1362.1.ª CC.

¹³⁵ Todos los artículos que acabo de citar en el texto se refieren a estos gastos, salvo el artículo 5.3 LFIJPE, que no los detalla.

En relación con la vivienda (a la que las leyes catalana y balear añaden «otros bienes de uso de la pareja»), el artículo 5.2.I.b) LPEB sólo alude a los gastos de *conservación*, mientras que los artículos 4.1.b) y 23.1.b) LUEP incluyen asimismo los de *mejora*; esta última inclusión ha sido criticada, razonablemente, por MARTÍN CASALS (*DPC*, núm. 12, 1998, p. 176), aduciendo que si la vivienda fuera común las mejoras deberían regirse por las reglas generales del Derecho civil, mientras que si fuera propiedad de uno sólo de los convivientes, no se ve por qué el otro debe contribuir a ellas.

La normativa autonómica citada suele completar la regulación de los gastos comunes especificando que no se consideran como tales los derivados de la gestión y defensa de los bienes propios de cada miembro ni, en general, los que respondan al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja (arts. 4.2 y 23.2 LUEP, 5.3.II LFIJPE y 5.2.II LPEB); cosa que, por otra parte, parece bastante clara aunque la ley nada diga al respecto.

¹³⁶ Con un matiz, referente a los alimentos; y es que, mientras que las leyes autonómicas citadas –a excepción de la navarra– establecen una obligación de alimentos –legal, por tanto– entre los convivientes (arts. 8 y 26 LUEP, 13 LPENC y 6 LPEB), tal obligación no existe entre los miembros de las uniones de hecho sometidas a la LUHM, sin perjuicio de que puedan pactarla (art. 153 CC); por tanto, en el marco de la ley madrileña, no hay alimentos legales entre los miembros de la pareja que puedan conceptuarse como cargas de la unión.

¹³⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. IV, pp. 140 y 141.

blezcan los pactos (art. 10.2 del Reglamento). El artículo 5.3 LUHM termina señalando la posibilidad de interponer recurso administrativo (que será el de alzada: *vid.* art. 11.4 del Reglamento) contra la denegación de la inscripción, que debe hacerse por resolución motivada.

La inscripción de los pactos (o de sus modificaciones) en el Registro de Uniones de Hecho tiene un efecto meramente declarativo; así resulta tanto del ya referido artículo 5.1 LUHM (al indicar que los mismos *podrán* inscribirse), como del artículo 4.5 LUHM, conforme al cual es evidente la eficacia de los pactos (cuál sea ésta, lo veremos en seguida) aunque no estén inscritos. En este sentido, el artículo 9 del Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid dispone que la inscripción tiene efectos declarativos respecto de los pactos reguladores de las relaciones económicas, cuya validez y efectos –señala el párrafo segundo– «se producirán al margen de su inscripción en el Registro, y nunca podrán perjudicar a terceros». Este precepto no hace sino obedecer a lo dispuesto en el artículo 4.5 LUHM, conforme al cual, «(e)n todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros»¹³⁸.

2. En efecto, *la eficacia meramente interpersonal de los pactos de convivencia* (que naturalmente afecta también a los respectivos herederos: art. 1257 CC) parece algo indudable¹³⁹. La razón se halla en su esencia contractual y en la falta de publicidad de los mismos, con la consiguiente necesidad de proteger a los terceros con quienes cualquiera de los miembros de la pareja pueda relacionarse y contraer obligaciones. La posibilidad de inscribirlos en el Registro de Uniones de Hecho (recuérdese que la inscripción no es ni obligatoria ni constitutiva) en nada cambia la situación, dados los límites de la publicidad que dispensa; en efecto, los únicos que pueden pedir certificaciones del Registro son los miembros de la unión de hecho, sus causahabientes y los jueces y tribunales de justicia (art. 17 del Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid); y, respecto de los pactos en las uniones de hecho, no opera ninguna regla similar a la del último párrafo del artículo 266 RRC, que obliga a los notarios a expedir copias de las capitulaciones a ins-

¹³⁸ Del mismo tenor (aunque, obviamente, refiriéndose al Registro valenciano) es el artículo 4.3 LUHV; los artículos 5.3 LPEA y 12.3 LPHA también niegan que los pactos puedan perjudicar a terceros.

¹³⁹ *Vid., v. gr.*, ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5372 y 5375, y PANTALEÓN, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 122.

tancias de cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges. Mas, por lo mismo, cabría defender la oponibilidad de los pactos de convivencia a aquellos terceros que tuvieran conocimiento de su existencia y contenido ¹⁴⁰.

Las sentencias del TS relativas a los pactos en las uniones de hecho se refieren prácticamente siempre a pactos que pretenden regular, *únicamente entre las partes*, aspectos de orden patrimonial. Como excepción cabe citar la STS 11 de julio de 2002 (RJ 7144); el hombre de la pareja ya rota recurría en casación la sentencia del tribunal a quo, que había atribuido el uso de la vivienda familiar a la hija fruto de la relación, mientras conviviera con la madre y careciera de recursos propios; el motivo en que el padre alegaba que la Sala había desconocido el pacto suscrito entre los interesados, fue desestimado por el Supremo, «no sólo –señala la sentencia– por cuanto afirma... el Ministerio Fiscal: (“... en lo fundamental no estamos ante la regulación de las relaciones entre los miembros de una pareja, después de la separación, sino ante las obligaciones de la parte –o de las partes– ante una hija nacida de las relaciones de referencia”), sino por la preeminencia del principio o dogma en toda materia concerniente a la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, inserto en el *bonum filii*, pues, es claro, que cualquiera que sea... ese pacto entre los interesados... y, su contenido..., deviene el mismo inoperante, cuando se cuestiona o se plantea judicialmente... una demanda sobre derechos concernientes a la hija menor de ambos contendientes, en cuyo supuesto serán los tribunales los que decidan cómo y de qué forma se cumplen las garantías de aquel dogma...». El TS niega así eficacia a un pacto cuyos efectos trascendían de los miembros de la pareja, para afectar a una hija común.

VI. LA EXTINCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

1. Las *causas de extinción* de la unión de hecho se contemplan en el artículo 6.1 LUHM; según el mismo, «(l)as uniones de hecho se extinguen por las siguientes causas:

a) De común acuerdo.

¹⁴⁰ Así, ESTRUCH ESTRUCH, *RGD*, mayo 1998, pp. 5372 y 5375. Este autor destaca asimismo que, si el pacto constase en documento público, tendría los efectos propios de dicho soporte, conforme a los artículos 1216 ss. CC (parecidamente, BUSTOS GÓMEZ-RICO, *CDJ*, XX, 1997, p. 482).

b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la unión notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en Derecho.

c) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la unión de hecho.

d) Por separación de hecho de más de seis meses.

e) Por matrimonio de uno de los miembros».

Las demás leyes autonómicas sobre uniones de hecho se pronuncian en similares términos, y sólo existen algunas pequeñas diferencias. Así, por ejemplo, las leyes catalana y valenciana mencionan sólo la defunción y no la declaración de fallecimiento ¹⁴¹, cuando lo lógico hubiera sido incluir también ésta, como hacen todas las demás; es cierto que la separación de hecho por sí sola y sea cual sea su causa conduce también a la extinción de la unión de hecho, por lo que, al cabo de un año de la desaparición, según la ley catalana [arts. 12.1.d) y 30.1.d) LUEP], o al cabo de seis meses de la misma según la ley valenciana [art. 6.1.d) LUHV], la pareja habría quedado disuelta; pero hay casos en que la declaración de fallecimiento puede proceder aun antes de que transcurran esos plazos desde la desaparición (arts. 193.3.º i.f. y 194.2.º I y 3.º I CC).

Otra diferencia es la relativa al plazo de la separación de hecho a que alude el artículo 6.1.d) LUHM, plazo de seis meses que sólo coincide con el de la ley valenciana [art. 6.1.d) LUHV] y que todas las demás leyes elevan a un año ¹⁴².

Es de subrayar que la LUHM prevea como causa de extinción de la unión el matrimonio de uno de los miembros de la pareja, y no se mencione explícitamente la hipótesis de que uno de ellos pase a formar una unión de hecho estable con otra persona ¹⁴³; en cualquier caso, lo mismo que la extinción por matrimonio resultaría sin más de los requisitos personales de la unión [art. 2.1.b) LUHM] aunque no se recogiera en el artículo 6.1 LUHM, el mismo efecto

¹⁴¹ Vid. arts. 12.1.c) y 30.1.c) LUEP y 6.1.c) LUHV.

¹⁴² Vid. arts. 12.1.d) y 30.1.d) LUEP, 6.1.d) LPENC, 4.1.e) LFIJPE, 8.1.c) LPEB, 4.1.e) LPEA y 12.1.e) LPHA.

Al margen de esto, alguna de las leyes reviste ciertas peculiaridades; así, por ejemplo, la LFIJPE es la única que incluye entre las causas de disolución de la pareja estable «los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública» [art. 4.1.f)]; y la LPHA es la única que, al contemplar la voluntad unilateral de uno de los integrantes de la pareja como causa de disolución de la misma no exige su notificación al otro [art. 12.1.d)]; por último, sólo la misma LPHA menciona (innecesariamente, entiendo) el matrimonio entre los miembros de la pareja entre dichas causas [art. 12.1.b)].

¹⁴³ Ésta es la tónica general en las leyes autonómicas sobre uniones de hecho; pero algunas de ellas prevén que, después de la ruptura, ninguno de sus integrantes puede volver a formalizar una unión estable con otra persona mediante escritura pública hasta que haya transcurrido un determinado plazo desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior (así, arts. 17 y 29 LUEP y 6.4 LPENC).

se ha de producir en el supuesto que planteaba, dado que la unión de hecho presupone la convivencia estable e ininterrumpida en pareja (art. 1.1 LUHM), situación que no puede darse si uno de sus integrantes pasa a formar una unión asimismo estable con otra persona [art. 2.1.c) LUHM].

2. Los artículos 6.2 y 7 LUHM se refieren al *reflejo registral de la extinción de la unión de hecho*. Así, el artículo 7 LUHM dispone que «(1)a concurrencia de causa extintiva de la unión se hará constar en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid en la forma que se determine reglamentariamente». La extinción se produce, por tanto, al margen del Registro, desde el momento en que se dé alguna de las causas examinadas (*vid.* art. 9.I del Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid).

En correspondencia con el artículo 7 LUHM, el artículo 12.1 Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid dispone que «(1)os miembros de la unión tienen la obligación de comunicar al Registro los hechos que, de conformidad con el artículo 7 del presente Decreto, supongan extinción de la unión». El referido artículo 7 del Reglamento alude, además de a las causas extintivas del artículo 6.1 LUHM, a las demás circunstancias que «impedirían la inscripción de la unión por falta de concurrencia de alguno de los requisitos exigidos por dicha [LUHM]» (refiriéndose expresamente al caso de que ninguno de los miembros de la pareja estuviera empadronado en Madrid); la apreciación de cualquiera de ellas hace procedente, según el artículo 7.1 del Reglamento, la inscripción de cancelación¹⁴⁴.

El artículo 7.2 del Reglamento dispone que dicha cancelación puede efectuarse de oficio (si la Administración responsable del Registro aprecia «la concurrencia de alguna de las circunstancias recogidas en el párrafo anterior, previa audiencia de los miembros de la unión...»), o a instancia de parte, conjunta o separadamente por los interesados (*vid.* también art. 12.2.I del Reglamento). Esto no significa que, de no proceder conjuntamente, *ambos* integrantes de la pareja deban solicitar, cada uno por separado, la cancelación; el artículo 6.2 LUHM deja muy claro que la misma puede efectuar-

¹⁴⁴ En mi opinión, el Reglamento se expresa en este punto en términos excesivamente generales; así, por ejemplo, es claro que no puede constituir una unión de hecho quien padezca una anomalía psíquica tal que no esté en condiciones de prestar un consentimiento válido [art. 2.1.a) LUHM]; pero, una vez constituida válidamente la unión por personas capaces, el que uno de sus miembros pase a sufrir dicho trastorno, no creo que pueda dar lugar a su cancelación registral, por mucho que estemos sobrevenidamente ante una de esas circunstancias que «impedirían la inscripción de la unión por falta de concurrencia de alguno de los requisitos exigidos por dicha [LUHM]».

se a instancia de uno solo de ellos, en cuyo caso –según el mismo precepto– «el encargado del Registro comunicará a la otra parte dicha cancelación».

Por último, la inscripción de cancelación comporta, tal y como dispone el artículo 7.3 Reglamento, «la cancelación, tanto de la inscripción básica [en la que se hace constar la unión de hecho] como de las complementarias [donde se recogen en su caso los pactos] y notas marginales».

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N.: «Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial», *DPC*, núm. 12, 1998, p. 7.
- BAYOD LÓPEZ, M. C.: «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», *RCDI*, núm. 626, 1995, p. 129.
- BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS de 18 de febrero de 1993», *CCJC*, núm. 31, 1993, p. 221.
- BUSTOS GÓMEZ-RICO, M. de: «Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros», *CDJ*, XX, 1997, p. 419.
- CALLE RODRÍGUEZ, M. V.: «El derecho económico del conviviente tras disolverse la unión matrimonial de hecho», *Act. Civ.*, 1994, XVII, p. 291.
- CANO TELLO, C. A.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 18 de febrero de 1993», *RGD*, 1993, p. 3047.
- CERDÁ GIMENO, J.: «Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (II). (De nuevo sobre “parejas no casadas”)», *RDP*, marzo 2001, p. 169.
- CERVERA SOTO, T.: «Breves reflexiones sobre la regulación jurídica de las uniones no matrimoniales», *RDP*, marzo 2000, p. 211.
- CORRAL GIJÓN, M. C.: «Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales (parte 1.ª: Configuración del fenómeno)», *RCDI*, núm. 662, 2000, p. 3325.
- «Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte 2.ª: Efectos patrimoniales», *RCDI*, núm. 664, 2001, p. 559.
- CRESPO MORA, M. C.: «Ruptura de la unión de hecho: aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimoniales. Comentario a la STS de 27 de marzo de 2001», *RdP*, núm. 9, 2002-2, p. 513.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª ed. Madrid, 2001.
- *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8.ª ed. Madrid, 2001.
- ESTRUCH ESTRUCH, J.: «La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho», *RGD*, mayo 1998, p. 5369.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «Comentario a la STS 16 de diciembre de 1996». *CCJC*, núm. 43, 1997, p. 401.
- *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, 1995.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: «Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables», *Act. Civ.*, núm. 17, 2001, p. 605.

- GONZÁLEZ POVEDA, P.: «Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes; su validez y eficacia», *CDJ*, XX, 1997, p. 495.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: «Estudio comparativo entre las Leyes de Uniones Estables de Cataluña y Aragón», *RGLJ*, 2000, núm. 2, p. 189.
- LLEDÓ YAGÜE, F.: «Comentario a la STS 20 de octubre de 1994», *CCJC*, núm. 37, 1995, p. 347.
- LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Navarra, 2002.
- MARTÍN CASALS, M.: «Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja», *DPC*, núm. 12, 1998, p. 143.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E.: «Uniones estables de pareja en Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio)», *RJNot*, núm. 35, 2000, p. 77.
- MERINO Y HERNÁNDEZ, J. L.: *Manual de parejas estables no casadas*, Zaragoza, 1999.
- MESA MARRERO, C.: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Navarra, 1999.
- MONTERO AROCA, J.: *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (la aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código Civil)*, Valencia, 2002.
- O'CALLAGHAN, X.: «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», *CDJ*, 1997, XX, p. 13.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F.: «Doctrina jurisprudencial sobre la reparación patrimonial en caso de ruptura de las uniones de hecho», *RdP*, núm. 9, 2002-2, p. 599.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: «Régimen jurídico civil de las uniones de hecho», *Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques*, Lleida, 1998, p. 67.
- «Compañero/compañera». *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid, 1995, p. 1160.
- «La autorregulación de la unión libre», *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, p. 119.
- «¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña?». *Materials. III Jornades de Dret Català a Tossa. La reforma de la Compilació: El sistema successori*, Tossa de Mar, 26-29 de septiembre de 1984, p. 151.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.: *Autorregulación en la convivencia de hecho*, Almería, 1999.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Comentario a la STS 10 de marzo de 1998». *CCJC*, núm. 47, 1998, p. 867.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E.: *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Valencia, 2003.
- SALAZART BORT, S.: «Parejas de hecho y pensión compensatoria (comentario a sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio 2001)», *Act. Civ.*, 2002, XXXVI, p. 751.
- TORRERO MUÑOZ, M.: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», *RGD*, septiembre 1998, p. 10625.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: «Comentario a la STS 22 de julio de 1993», *CCJC*, núm. 33, 1993, p. 981.
- VELASCO MARÍN, R. de: *Derecho comparado sobre las uniones de hecho en España y en Francia*, Madrid, 2001.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R. de: «Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica», *Act. Civ.*, 2001, núm. 2, p. 59.

El impacto de la Ley de enjuiciamiento civil en el funcionamiento de los Tribunales civiles: valoración de los abogados habitualmente ejercientes

JUAN JOSÉ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO¹
Profesor Titular Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los abogados como tasadores de la calidad del servicio de Justicia.* 3. *Situación procesal que se encontró la Ley 1/2000 EC.* 3.1 Las duraciones en los procesos civiles como principal escollo a superar. 3.2 La actitud previa hacia la entonces nueva Ley de EC. 4. *Contraste entre las valoraciones, antes, en el inicio, y tras veintidós meses de funcionamiento.* 4.1 Matizaciones sobre los datos ofrecidos y su interpretación. 4.2 La primera instancia. 4.3 La segunda instancia. 4.4 La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. 4.5 Balance global del impacto de la LEC en la actividad de los Tribunales de lo Civil. 5. *Un indicador que no cambia con las leyes procesales: el trato.*

1. INTRODUCCIÓN

El clamor social es unánime, la opinión pública española que se refleja en las encuestas han señalado a la lentitud en la resolución de los asuntos como el principal problema de nuestra Administración de Justicia². Muchos expertos apuntaron a la vieja Ley procesal de 1881 como uno de los principales motivos de la demora en el ámbito civil; por lo tanto, su reforma o sustitución

¹ Para realizar cualquier observación sobre este trabajo, pueden ponerse en contacto con el autor:

² Vid. TOHARIA, J. J. (2001): *Opinión Pública y Justicia*, CGPJ, Madrid, o, ídem (2003), *La imagen ciudadana de la Justicia*, FBVA, Documento de Trabajo 2/2003, Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia, Fundación BBVA.

era un paso inexcusable que se anunció como lo que podría ser un nuevo *código de circulación procesal* ³ que mejoraría toda la jurisdicción civil ⁴.

Cada reforma procesal alcanza distintos grados de intensidad y magnitud en el debate social. Recientemente, la reforma en lo penal y lo laboral han tenido una repercusión de gran calado en la sociedad y en los medios de comunicación ⁵. Sin embargo, no fue éste el caso de la sustitución de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil. La gestación de esta importante ley procesal quedó en manos de los expertos o colectivos organizados e implicados directamente ⁶. Todos ellos de una u otra forma influyeron, o, si se prefiere, expusieron su perspectiva a los grupos parlamentarios que finalmente debatieron y aprobaron la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, *BOE*, núm. 7, de 8 de enero).

En este trabajo proponemos medir el impacto de la Ley de Enjuiciamiento Civil contrastando la evaluación realizada por los abogados que habitualmente ejercen en los Tribunales de lo

³ En el año 2002 utilizamos la analogía vial para escenificar, simplificar, el análisis del alcance de una reforma procesal que esencialmente basaba toda su capacidad de impacto en el cambio de normas procesales, sin acompañamiento de una fuerte inversión en medios humanos, técnicos y de infraestructuras (en este sentido, véase la exposición de motivos de la Ley 2/2000), decíamos: «[...] la nueva LEC ha sido como un nuevo código de circulación vial, en el que el legislativo introduce muchas novedades de golpe, pero no acompaña estas medidas con una reforma vial, nuevas señales de tráfico, reciclaje de policías y conductores, etc. ¿Qué panorama vial nos encontraríamos? Sin duda el caos circulatorio, el colapso, unos conductores seguirían las viejas normas otros las nuevas, pero nadie sabría exactamente qué hacer», GARCÍA DE LA CRUZ (2002): «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva sociológica», en MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y Proceso Laboral*, Marcial Pons, Madrid, pp. 13-33, p. 33.

⁴ El primer estudio pluridisciplinar y realizado para alimentar la reforma de la LEC se fraguó en torno a la Comisión General de Codificación puesta en marcha en 1989 (cuyos trabajos fueron publicados en el año 1991, *vid. VV. AA.* (1991): *Materiales para una Reforma Procesal*, Ministerio de Justicia, Madrid); sin duda, el único antecedente institucional al *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997.

⁵ La politización de la gestión de la Justicia, tan necesaria como peligrosa, es algo que preocupa en toda Europa. Para ver un contraste del escenario español en comparación a otros países de Europa, *vid. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., y LAMBEA HUICI, F.* (2001): «La Justice en Espagne: les changements depuis 1978», en Robert, P. et Cottino, A. (dirs.) *Les Mutations de la Justice. Comparaisons européennes*, L'Harmattan, Paris, pp. 123-159, el resto de capítulos tienen el mismo tema en distintos países de Europa.

⁶ Dos años y medio de negociaciones, discusiones y elaboración en las que intervienen esencialmente los representantes oficiales u oficiosos de los siguientes operadores jurídicos e instituciones: el CGPJ, el Consejo de Estado, el Senado, el Congreso, los Colegios de Abogados, Colegios de Procuradores, Colegio de Notarios, las Asociaciones Judiciales y los sindicatos de funcionarios, y diversos expertos. Sobre esta gestación parlamentaria puede verse una estúpida crónica, realizada por un jurista: *vid. LÓPEZ-MENDEL BÁSCONES, J.* (2000): «La tramitación parlamentaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59, tercer trimestre, pp. 393-413.

Civil. Valoración que conocemos a través de encuestas realizadas en tres momentos estratégicamente claves:

- 1.º Antes de la entrada en vigor de la ley (año 1999).
- 2.º En el rodaje de su puesta en marcha (octubre del año 2001).
- 3.º Tras veintidós meses de funcionamiento (noviembre de 2002).

Hemos elegido uno de los instrumentos más usuales para la medida de la calidad de los servicios públicos en general ⁷, pero, también, muy utilizado en el caso particular de las Administraciones de Justicia ⁸.

Por supuesto, la opinión y valoración de los abogados no debe tomarse como la realidad misma ⁹. Ahora bien, tampoco se puede negar que por lo menos es una faceta más de ese objetivo que investigamos, éste es, la calidad que ofrecen los Tribunales de Justicia en su actividad cotidiana. Junto a esta percepción y evaluación nos encontramos la opinión de otros profesionales como los procuradores ¹⁰, los abogados del Estado, los fiscales, los forenses, los funcionarios, los propios jueces y magistrados, y, cómo no, los ciudadanos en general: usuarios o potenciales usuarios ¹¹.

También se puede abordar el impacto de la LEC utilizando datos sobre el funcionamiento de los tribunales; así, el número de asuntos resueltos, los plazos medios de resolución, el cumplimiento de módulos, etc. ¹².

Ambas perspectivas son legítimas, pero sobre todo complementarias. Sin embargo, queremos oponernos explícitamente a la críti-

⁷ En este sentido puede consultarse el capítulo 8 del *Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos*, titulado «Mejorar la atención a los ciudadanos y establecer un sistema integral de comunicación con la Administración», la alusión al instrumento encuesta es constante, por ejemplo: «Otro instrumento son las encuestas de satisfacción, que se realizan a los usuarios directos de los servicios y que miden la diferencia entre lo que éstos obtienen y lo que desearían obtener, es decir, entre percepción y expectativa», *vid.* MAP (2000): *Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos*, Ministerio de las Administraciones Públicas Madrid, pp. 94 ss.

⁸ *Vid.* TOHARIA (2001): *Opinión Pública...*, *op.cit.*, e *ídem* (2002): «Las encuestas de opinión y las decisiones políticas: el caso de la evaluación y reforma de la Justicia», en *REIS*, núm. 99, julio-septiembre, pp. 223-235.

⁹ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad de la Justicia (I): abogados*, Documento de Trabajo 3/2003, Fundación BBVA.

¹⁰ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad de la Justicia (II): procuradores*, Documento de Trabajo 4/2003, Fundación BBVA.

¹¹ *Vid.* GARCÍA DE LA CRUZ (2002): «La satisfacción de los usuarios con la actividad de los Tribunales de Justicia», *Revista del Poder Judicial*, 66, segundo trimestre.

¹² La calidad de un servicio público se puede investigar desde dos grandes perspectivas, la percepción de los usuarios o la recolección y elaboración de indicadores *objetivos* que permitan resumir y contrastar la actividad realizada, por ejemplo: productividad o costes de elaboración. En este sentido, *vid.* LLORENS MONTES, F. J. (1996): *Medición de la calidad de servicio*, Universidad de Granada, Granada, pp. 17 y 18.

ca que se realiza desde algunas instancias sobre el contraste entre subjetividad de las encuestas y la supuesta objetividad de los datos sobre productividad o actividad ¹³.

Éste debate puede quedar zanjado con los dos argumentos que proponemos:

1. El horizonte de calidad de cualquier servicio público es la satisfacción de sus usuarios ¹⁴.

2. En el ámbito privado, puramente competitivo, la opinión de los usuarios, para ellos los clientes, son el principal referente para alcanzar la calidad ¹⁵.

Por lo tanto, y más allá de balances económicos, incremento de eficacia, e, incluso, de las inversiones e innovaciones en la gestión, el principal referente a la hora de medir la calidad de un servicio es la percepción que tiene el usuario o los ciudadanos en general sobre ese servicio, en nuestro caso, la Administración de Justicia.

En el nuevo marco de la gestión pública actual, las encuestas a usuarios se han convertido en un prestigioso instrumento para conocer el grado de calidad efectivo, real, que ha logrado un servicio público o privado.

Por último, queríamos apuntar una cualidad de estos datos que por obvia podría no ser apreciada; nos referimos a su capacidad para representar lo que está ocurriendo globalmente en toda España. En contraste con otros informes oficiales o académicos, una encuesta realizada sobre una muestra representativa de abogados habitualmente litigantes nos está ofreciendo una información muy rica y variada del estado de la Administración de Justicia, en este caso civil, en un momento específico ¹⁶.

¹³ En las ciencias sociales está difundida la perspectiva que enuncia y observa toda construcción del conocimiento, incluso los datos aparentemente más objetivos, como una elaboración determinada por el contexto social o ideológico de los científicos, *vid.* LAMO DE ESPINOSA, E.; GONZÁLEZ GARCÍA, J., y TORRES ALBERO, C. (1994): *La sociología del conocimiento y de la ciencia*, Alianza Editorial, Madrid.

¹⁴ *Vid.* BELTRÁN VILLALVA, M. (1996): «De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, INAP, núms. 5-6; pp. 5-16; también, MAP (2000): *Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos*, Ministerio de las Administraciones Públicas, Madrid; y aplicado al ámbito de la Justicia: CAVROIS, M. L.; DALLE, H., y JEAN, J. P. (2002): *La qualité de la justice*, École nationale de la magistrature, Paris; también, GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. (2002): *La satisfacción...*, *op. cit.*, e ídem. (2003): *Para medir la calidad (I)...*, *op. cit.*

¹⁵ *Vid.* VALARIE, A.; ZEITHAML, A.; PARASURAMAN, y LEONARD L. BERRY (1993): *Calidad total en la gestión de servicios. Cómo lograr el equilibrio entre las percepciones y las expectativas de los consumidores*, Díaz de Santos, Madrid.

¹⁶ Según sabemos un abogado habitualmente litigante en el ámbito civil está llevando una media de 77 asuntos ante los Tribunales, por lo tanto, el contacto es enorme, prácticamente diario y variado, *Vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad (I)...*, *op. cit.*, p. 39.

2. LOS ABOGADOS COMO TASADORES DE LA CALIDAD DEL SERVICIO DE JUSTICIA

La Administración de Justicia tiene contacto directo con dos grandes perfiles de usuarios; por un lado, el ciudadano o la persona jurídica que acude a ella como parte de un proceso judicial (demandante, demandado, testigo, imputado, etc.), y, por otro, los profesionales que guían, representan y asesoran a este colectivo de usuarios que en términos generales podemos etiquetar como legos. Esta segunda categoría, los asesores técnicos, está conformada esencialmente por abogados ejercientes y procuradores ¹⁷.

Dentro y fuera de España los abogados habitualmente ejercientes en Tribunales han sido considerados como un buen referente para evaluar de manera ajustada la calidad ofrecida por la Administración de Justicia ¹⁸.

Los motivos que califican a los abogados como uno de los principales testimonios a la hora de enjuiciar la calidad de los tribunales son muchos y de gran peso argumentativo. Podemos enumerar como factores más contundentes, en primer lugar, la magnitud y frecuencia de sus contactos con los Tribunales de Justicia, y, en segundo lugar, su capacitación técnica para comprender las estrategias procesales por las que discurren las actividades judiciales ¹⁹.

Ahora bien, ¿cómo averiguamos lo que opinan los abogados habitualmente litigantes? Hasta el momento el mejor instrumento han sido las encuestas elaboradas según estándares científicos y realizadas por una institución externa a las partes analizadas ²⁰.

¹⁷ Vid. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad (I)*..., op. cit., e, ídem, (2003): *Para medir la calidad (II)*, op. cit.

¹⁸ Es un instrumento muy apreciado en todo el mundo, por ejemplo, en Estados Unidos lo hacen en Texas, donde hay un acuerdo entre *Texas Office of Court Administration* y el *State Bar* para evaluar los Tribunales. También en los *Trial Courts Performance Standards* (vid. STAUB, A., y MOHASSEB, S. (1996): *Implementation and institutionalization of the Trial Courts Performance Standards*, Los Angeles Municipal Court, State Justice Institute). En Canadá está en marcha: *The Nova Scotia Judicial Development Project* (vid. POLE, D. H. (1997): *Project Advisor School of Public Administration*, Dalhousie University Halifax, Nova Scotia). En Europa vid. BENICHOU, M. (2002): Les demandes des professionnels de la justice, en Cavrois, Dalle y Jean: *La qualité*..., op. cit., pp. 41-61. Y en España vid. TOHARIA y GARCÍA DE LA CRUZ (1999): «Funcionamiento de los Tribunales de Justicia», *otrosí*, núm. 9, noviembre, pp. 18-36., y GARCÍA DE LA CRUZ (2003): *Para medir la calidad (I)*..., op. cit.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Vid. VALARIE, A., ZEITHAML, A.; PARASURAMAN, y LEONARD L. BERRY (1993): *Calidad Total*..., op. cit. Como contraste, análisis interno, nos encontramos con los trabajos que realiza el CGPJ, en este caso concreto nos referimos al «Análisis de la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», que se elaboró a lo largo de todo el año 2001. Por cierto, un trabajo basado en una muestra de 197 órganos judiciales; una buena investigación, por supuesto necesaria pero sin duda menos representativa que las investigaciones que utilizamos aquí.

Desde una perspectiva metodológica, la valoración que realizan los abogados «habitualmente litigantes»²¹ sobre el grado de calidad que observan en las actividades de la Justicia, en las que ellos intervienen, es un instrumento fiable y válido que merece la pena considerar como indicador de lo que está ocurriendo en términos globales con la calidad ofrecida por los Tribunales de Justicia²².

3. SITUACIÓN PROCESAL QUE SE ENCONTRÓ LA LEY 1/2000 DE EC

3.1 Las duraciones en los procesos civiles como principal escollo a superar

Antes de adentrarnos en la valoración realizada por los abogados, queremos ofrecer un esbozo de la situación en la que se encontraba la Justicia civil en el momento en el que se puso en marcha la Ley 1/2000. El cuadro 1 y gráfico 1 nos muestran en diferentes formatos la capacidad real que había con la antigua LEC para resolver mediante sentencia los principales procesos de lo civil vigentes en aquel momento.

Creemos que el plazo medio de resolución es un buen indicador de la situación procesal en cualquier orden jurisdiccional²³. Por supuesto, los reproches a la antigua LEC eran variados²⁴, sin embargo, una parte importante de esas críticas se pueden condensar en la denuncia de procesos que se dilataban en el tiempo y ejecuciones imposibles. Por ello, los plazos medios de obtención de una

²¹ En los trabajos de preparación de la encuesta del año 1999 (vid. TOHARIA y GARCÍA DE LA CRUZ (1999): *Funcionamiento...*, op. cit.) diferentes grupos de abogados habitualmente litigantes en Tribunales nos indicaron que el umbral, el número de asuntos, a partir del cual podíamos considerar que estábamos ante un letrado habitualmente litigante eran 25 asuntos en el último año. Por supuesto, la media de asuntos que en la práctica lleva ante los Tribunales un abogado habitualmente ejerciente es mayor aunque esta media varía según especialidades, vid. GARCÍA DE LA CRUZ (2003): *Para medir la calidad (I)...*, op. cit., p. 39.

²² Hacemos referencia a la bondad de este instrumento, la encuesta, para medir las tendencias globales. No obstante, también ha mostrado su utilidad para apuntar y descubrir posibles puntos negros en la Administración de Justicia, en este sentido, vid. TOHARIA y GARCÍA DE LA CRUZ (1999): *Funcionamiento...*, op. cit.

²³ La demora en las resoluciones judiciales es un tema que preocupa en todo el mundo. Pero, además, es un indicador también universal de la salud de un sistema judicial, vid. VEREECK, L., y MÜHL, M. (2000): «An Economic Theory of Court Delay», en *European Journal of Law and Economics*, núm. 10(3), noviembre de 2000, pp. 243-268.

²⁴ Por ejemplo, el *Libro Blanco de la Justicia* dedica 73 páginas a enunciar diferentes sugerencias y anomalías en el «Orden Jurisdiccional Civil», CGPJ (1997): *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, pp. 143-216.

sentencia pueden asumirse como un esbozo de la situación procesal a la que se enfrentaba la LEC en su puesta en marcha ²⁵.

El cuadro 1 ofrece el contraste entre diferentes años y distintos ámbitos de la planta judicial ²⁶. En cualquier caso, parece que el perfil más cercano a la situación que se encontró la Ley 1/2000 en sus inicios es el descrito en la tercera columna: duraciones medias de los asuntos civiles terminados a lo largo del año 2000, hasta el 31 de diciembre del 2000 (ocho días antes del final de la *vacatio legis* de la Ley 1/2000). Dicho de otro modo, la primera evaluación de los abogados que vamos a ver estará valorando esa situación que perfila la columna tercera del cuadro 1.

CUADRO 1

Comparación de duraciones medias, en días, de procedimientos civiles

	Medias España 1997	País Vasco ²⁷ 1998	Madrid año 2000
Juicio de cognición.	291	174	283
Juicio ejecutivo.	315	114	354
Desahucio urbano.	120	92	–
Menor cuantía.	429	238	464
Juicio verbal.	281	153	
MEDIA TOTAL.	267	151	–
Divorcio contencioso.	235	–	379
Divorcio no contencioso.	60	–	–
Proceso incapacitación.	327	–	–
Apelación en A. P.	–	328	477

García de la Cruz, elaboración propia ²⁸.

Por su parte, el gráfico 1 muestra que las duraciones acumuladas en el ámbito civil (sin familia) se estaban alargando hasta los

²⁵ Sobre las virtudes y límites de los plazos procesales medios, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ (2002): «Tres propuestas para generar una pauta que permita estimar masivamente si hay dilación», en *Revista de Derecho Procesal*, 2002, núm. 1-3, pp. 133-149; e ídem (2003): «Duraciones procesales en los Tribunales Civiles», en *Anuario de Derecho Civil*, 2003, fascículo 1.

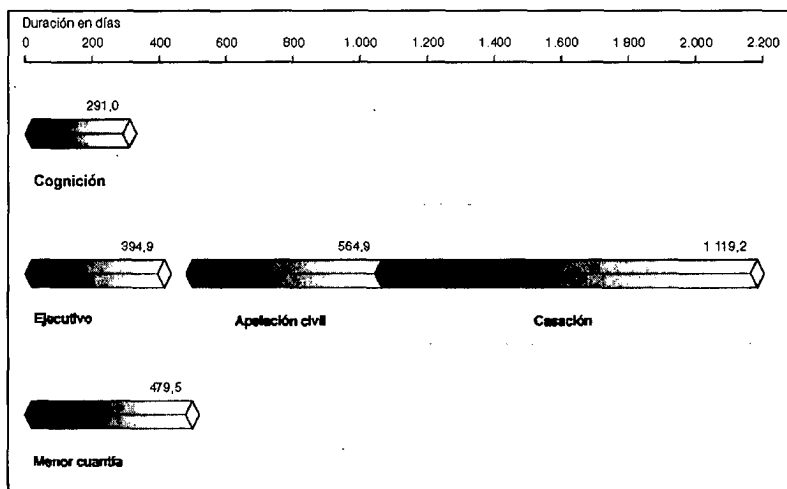
²⁶ Naturalmente, esta heterogeneidad entre las columnas del cuadro 1 no es ni conveniente, ni buscada, simplemente son los únicos datos de duración fiables que conocemos sobre esa última etapa de la antigua ley de EC.

²⁷ Dos aclaraciones. La carga de trabajo de los órganos judiciales del País Vasco en 1998 era inferior a la media del Estado. Y la inversión en infraestructuras en dicha CA ha sido mayor que en el resto de España.

²⁸ Los datos del año 1997 son del Libro Blanco de la Justicia, los del País Vasco 1998, han sido proporcionados por la Consejería de Justicia de CAV, y los de Madrid, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. (2001), *La duración de los procedimientos judiciales*, editado por el ICAM, Serie Estudios, Estudio 1.

seis años, sumando plazos medios en cada instancia de un proceso de *menor cuantía*, o los cinco años y medio en el caso de *cognición* ²⁹. Si sólo acumulamos hasta la Audiencia Provincial, los plazos de finalización estaban entre los dos años y tres meses (*cognición*) y los dos años y nueve meses (*menor cuantía*). Estos datos perfilan un panorama muy preocupante en los plazos de resolución de los procesos en aquel momento.

GRÁFICO 1
Duraciones en días de algunos procedimientos civiles (anterior LEC, sólo sentencias ³⁰)



Estas duraciones que se reflejan en el gráfico 1 se distribuyen en una horquilla de tiempo que tienen su mínimo, en el caso de *menor cuantía*, en nueve meses hasta la Audiencia Provincial o dos años y nueve meses si se acude a la *casación*. Y un máximo de seis años y medio para las dos primeras instancias u once años si se acude a *casación* ³¹.

²⁹ Para este gráfico y todos los siguientes, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2001): *La duración...*, *op. cit.*

³⁰ En este gráfico sólo se han incluido los valores promedio de los asuntos que han terminado en sentencia en la instancia correspondiente. Por lo tanto, son medias aritméticas del tiempo, en días, transcurrido entre la fecha de presentación de la demanda y la fecha de la sentencia en cada instancia.

³¹ La horquilla temporal, el recorrido de los valores, que ofrecemos es el resultado de la diferencia entre la media de los dos primeros centiles (nuestro mínimo procesal) y de los dos últimos centiles (nuestro máximo procesal), para más aclaraciones, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ (2001): *Las duraciones...*, *op. cit.*

Esta fotografía sobre los plazos medios muestran unos Tribunales de lo Civil que ofrecían una resolución de los asuntos en un tiempo excesivo para los usuarios y las necesidades del mercado ³².

No obstante, el objetivo esencial que buscamos al incluir estos datos sobre duraciones es describir la situación que estaban valorando los abogados habitualmente litigantes en la encuesta del año 1999, y, por lo tanto, asumir las valoraciones del año 1999 como un punto de partida que hay que superar. En este sentido, las evaluaciones del año 1999 en este trabajo se utilizan como un mínimo que hay que mejorar: tanto por el paso del tiempo, esto es, de una mejor gestión; como por la puesta en marcha de la Ley 1/2000.

3.2 La actitud previa hacia la entonces nueva Ley de EC

En una encuesta realizada entre abogados en el mes de mayo del año 2001 se incluyeron cuatro preguntas específicas sobre la nueva LEC. Entonces con pocos meses de vida práctica ³³. Podemos suponer que estamos ante una primera impresión, sin duda, muy influida por la confusión y falta de previsión que se mostró en la puesta en marcha de esta Ley 1/2000 ³⁴.

Con sorpresa observamos en el cuadro 2 que un 21 por 100 de los abogados afirmaban que no «era necesaria... una nueva ley». Esta cifra se entiende mejor si tenemos en cuenta que un 60 por 100 de los encuestados pensaban que globalmente, por su contenido y sus objetivos, la nueva LEC no respondía de forma razonable a las expectativas y necesidades existentes ³⁵.

³² Para ampliar estas observaciones, *vid.* VEREECK, L., y MÜHL, M. (2000): «An Economic Theory of Court Delay», *op. cit.*; también, GARCÍA DE LA CRUZ (2002): «Tres propuestas...», *op. cit.*, e *ídem* (2003): «Duraciones procesales en los Tribunales Civiles», *op. cit.*

³³ Una encuesta encargada por el ICAM, como réplica reducida de la del año 1999 que aquí emplearemos como observación antes de la puesta en marcha de la Ley 1/2000, *vid.* TOHARIA, 2000: segundo barómetro del ICAM.

³⁴ Lógicamente sí hubo problemas en esos primeros meses. La cuestión es si fueron más o menos de los esperados. Así el 32 por 100 de los abogados habitualmente ejercientes en los tribunales de lo civil opinaron, en noviembre del año 2001, que se había realizado muy mala gestión; pero un 44 por 100 declararon que habían ocurrido los «problemas normales» que eran de esperar (encuesta realizada en noviembre del 2001, por encargo del CGPJ, se pueden ver detalles técnicos más adelante). No obstante, el propio Servicio de Inspección del CGPJ ha detectado y expuesto problemas en la puesta en marcha de esta Ley, *vid.* Servicio de Inspección del CGPJ (2002): «Análisis de la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Informe del 17 de julio de 2001, y lo mismo en la revisión de datos a 31 de diciembre de 2001. Puede verse un balance de la puesta en marcha de esta ley y desde el exterior en Fundación Antonio Carretero (2002): «Informe sobre un año de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, julio 2002, pp. 67-72.

³⁵ A estas alturas denominar como nueva a la Ley 1/2000 puede ser algo equívoco, es la LEC en vigor, y desde este punto de vista sobra su adjetivación. Ahora bien, dado el objeto de este trabajo —comparar la situación antes y después de su puesta en marcha— sí parece apropiado este epíteto.

Por otro lado, sólo un 27 por 100 de los abogados ejercientes en el ámbito de lo civil creían entonces que la nueva Ley de EC «*va a permitir que mejore de forma sustancial el funcionamiento de la Justicia Civil*», quedando un 21 por 100 que pensaban que la Ley «*recoge en esencia las reformas que los abogados consideran imprescindibles*». En conjunto, estamos ante una visión crítica y pesimista con la entonces recién estrenada LEC.

CUADRO 2

	Claramente sí	Más bien sí	Claramente no	Más bien no	NS/NC
– Era necesaria, hacia falta una nueva ley	54	23	7	14	2
– En conjunto, por su contenido y sus objetivos, esta nueva LEC responde de forma razonable a las expectativas y necesidades existentes	9	21	36	24	10
– La nueva LEC va a permitir que mejore de forma sustancial el funcionamiento de la Justicia civil	7	20	38	27	8
– La nueva LEC recoge en esencia las reformas que los abogados consideraban imprescindibles	2	19	44	28	7

4. CONTRASTE ENTRE LAS VALORACIONES, ANTES, EN EL INICIO, Y TRAS VEINTIDÓS MESES DE FUNCIONAMIENTO

4.1 Matizaciones sobre los datos ofrecidos y su interpretación

En primer lugar, queríamos aclarar que se utilizan tres fuentes distintas:

a) La primera encuesta se realizó en el año 1999 entre los abogados ejercientes en los Tribunales de Justicia ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid ³⁶.

³⁶ Vid. TOHARIA y GARCÍA DE LA CRUZ (1999): *Funcionamiento...*, op. cit., una encuesta realizada a una muestra aleatoria de 1.500 abogados colegiados en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el trabajo de campo se realizó entre el 30 de junio y el 15 de julio del año 1999.

b) La segunda encuesta, del año 2001, es una replica reducida de principales preguntas del año 1999 pero realizada a una muestra nacional de abogados ³⁷.

c) La tercera encuesta, realizada a finales del año 2002, también fue de ámbito nacional ³⁸.

En segundo lugar, queremos recordar que los Juzgados de primera instancia de lo civil en los que trabajan los abogados son variados. No obstante, hemos *obligado* a los abogados a calificar de manera agrupada a todos ellos, generando así una sola categoría que aglutina a todos los órganos civiles competentes en la primera instancia. Esta decisión no ha sido arbitraria. La relación entre Justicia Civil y abogados es muy heterogénea global e individualmente, de este modo, la mayoría de los abogados habitualmente litigantes trabajan y conocen diversos tipos de Juzgados (1ª Instancia, 1ª Instancia e Instrucción, y especializados), dependiendo de la residencia habitual de su cliente o el origen jurisdiccional del conflicto que ha llegado hasta su despacho. Por lo tanto, desde la perspectiva metodológica y a la hora de calificar la calidad de las actividades de los Juzgados por parte de los abogados: el mal menor ha sido generar una sola categoría que agrupe a toda la primera instancia de lo civil.

Dicho esto, pasamos a la tercera cuestión que queremos exponer. La escala de evaluación más utilizada en las tres encuestas (valorar del 0 al 10) tiene que ser interpretada recordando que las cifras ofrecidas son medias aritméticas. La media aritmética es un parámetro estadístico de tendencia central, cuyo fin es resumir en un solo guarismo todo un conjunto de cifras variadas; en nuestro caso, las distintas valoraciones que los abogados entrevistados han otorgado a cada aspecto evaluado. Precisamente esta esencia de síntesis de la media aritmética nos impide analizar las cifras medias en términos de categorías escolares clásicas («suspenseo», «aprobado», «notable» o «sobresaliente»), en los que sin duda se apoya gran parte de la validez de esta escala del 0 al 10. Ahora bien, la escala escolar sólo tiene sentido cuando consideramos una a una las evaluaciones realizadas por cada entrevistado. De esta manera, cuando un abogado determinado ha calificado, por ejemplo, la cali-

³⁷ CGPJ, diciembre del año 2001. Una muestra aleatoria de 200 elementos seleccionados del universo nacional de abogados habitualmente litigantes en Tribunales, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad (I)*..., *op. cit.*

³⁸ Ámbito nacional, tamaño de la muestra 1.000 entrevistas entre abogados ejercientes con una actividad litigadora declarada igual o superior a 25 asuntos anuales. Fecha del trabajo de campo del 23 de septiembre al 10 de octubre de 2002, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad (I)*..., *op. cit.*

dad de las sentencias con un 3 o con un 7, efectivamente estaba suspendiendo o puntuando con un notable. Pero esta interpretación válida individualmente no se puede hacer sobre las medias aritméticas (descriptor global de todo el colectivo) que difícilmente se mueven por debajo del 3 o por encima del 7. Así, plantear la equivalencia semántica con la categoría «aprobado» de una determinada media pierde en realidad todo sentido cuando las cifras medias equivalentes a la categoría de «sobresaliente» –o incluso a la de «notable»– resultan casi imposibles en la práctica ³⁹.

En consecuencia, un resultado del 5,34, sin duda, es algo más que un aprobado pero, en cualquier caso, sólo debería ser contrastado con otras medias aritméticas elaboradas con la misma escala (0 a 10): que es precisamente lo que hacemos en los siguientes apartados ⁴⁰.

4.2 La primera instancia

El Cuadro 3 compara la evaluación global que han dado los abogados a los Juzgados de la primera instancia en esos tres momentos, antes, al principio, y ya asentada la LEC. Además, nos muestra que los abogados habitualmente litigantes opinan que la situación no ha cambiado, ni a peor, ni a mejor. Con todo, una media que en los tres años observados es inferior al 5 es una crítica clara y continuada a esta primera instancia de lo civil. Y por lo tanto, al día de hoy, se puede interpretar como una reprobación del impacto de la actual LEC, al menos, desde la percepción de los abogados españoles habitualmente litigantes en esta jurisdicción ⁴¹.

³⁹ Para lograr una cifra elaborada como media aritmética resulte 7 o más en una escala del 0 al 10 y para muestras grandes, necesitaríamos toparnos con poblaciones y variables muy extrañas: clara y mayoritariamente polarizadas.

⁴⁰ En este sentido, conviene recordar que en las encuestas sobre instituciones o líderes políticos rara vez la cifra de la media supera la cota del 6 (en algunas ocasiones en una escala del 1 al 10), valor éste que en consecuencia puede ser considerado como apreciable (pese a estar muy cerca del *aprobado raso* en que quedaría convertido en una escala de calificación escolar individual). Asimismo, también son muy extrañas puntuaciones medias por debajo del 3. El valor central de la escala (una puntuación de 5) más que un *umbral* mínimo a partir del cual empieza la valoración positiva (que es lo que connotaría su simplista identificación con la calificación de *aprobado*) representa así, en realidad, un nivel de valoración general, se trata de una media, no se olvide, ya aceptable.

⁴¹ Como contraste podemos indicar que en el año 2002 los Juzgados de Instrucción eran calificados con un 5,19, los Juzgados Penales con un 6,07, los Juzgados de lo Social con un 6,15, y finalmente, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con un 5,79; por lo tanto, la primera instancia de lo civil es claramente la peor calificada, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad (I)*..., *op. cit.*

CUADRO 3

Globalmente, en su conjunto, ¿cómo calificaría usted la forma en que funcionan los Juzgados de 1ª Instancia de su localidad? (escala del 0 al 10)

Año 2002 (España)	Año 2001 (España)	Año 1999 (Madrid)
4,87	4,85	4,74

Por su parte, el cuadro 4 nos permite profundizar y encontrar matices a esta primera impresión. El mejor dato es el 6,30 que obtiene el *grado de presencia (inmediación) en las actuaciones que lo requieren*, una media comparativamente alta que, además, sí es un impacto directo de la *nueva LEC*: lo que se infiere del contraste entre el año 1999 y los dos siguientes, 2001 y 2002, cuando la ley ya estaba vigente ⁴².

La segunda media, de mejor a peor, la otorgan los abogados a la *laboriosidad, grado de dedicación a su trabajo*. No es un factor cualquiera, nos está indicando que los letrados observan más esfuerzos que resultados. Precisamente, el mínimo con un 3,63 lo obtiene *la duración media de los procesos*. Por ello, que la laboriosidad alcance casi dos puntos más que la duración nos permite apuntar la posibilidad de que los abogados aprecien el esfuerzo realizado pero se quejen de los resultados alcanzados.

También, aparece criticada la *eficiencia, rapidez en impulsar los asuntos*, con un 4,13; y *el interés y preocupación porque sus sentencias se ejecuten*, con un 4,56. Finalmente, nos encontramos con calificaciones intermedias y muy similares a la media global (4,87); en concreto, en *su receptividad para recibir a los abogados cuando éstos lo solicitan* con un 4,85, y *la calidad de las sentencias* con un 4,87.

Respecto a estas últimas calificaciones nos gustaría comentar que en las investigaciones realizadas hasta el momento hemos observado que la receptividad para recibir a los abogados por parte de los jueces y magistrados es una variable muy importante para incrementar o minorar la evaluación global que realizan los abogados sobre la actividad de los titulares de los Juzgados ⁴³.

Por último, la puntuación a la *calidad de las sentencias*, un 4,87, es una de las más bajas obtenidas en todas las primeras instancias: inferior a la alcanzada por los Juzgados de lo Social, con un 5,41; la de los Juzgados de lo Penal con un 6,33, o la de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con un 5,38 ⁴⁴.

⁴² Ésta es una apreciación unánime; así el Servicio de Inspección del CGPJ (2002): «Análisis...», *op. cit.*, corroboran este dato.

⁴³ Vid. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003): *Para medir la calidad (I)*..., *op. cit.*

⁴⁴ *Ibid.*

CUADRO 4

Más concretamente, ¿cómo calificaría usted en conjunto a jueces y magistrados de los Juzgados de 1ª instancia en cuanto a...? (escala del 0 al 10)

	2002	2001	1999
– Su receptividad para recibir a los abogados cuando éstos lo solicitan	4,85	4,79	4,22
– A laboriosidad, grado de dedicación a su trabajo	5,51	5,40	5,08
– Eficiencia, rapidez en impulsar los asuntos .	4,13	4,40	
– Al grado de presencia (inmediación) en las actuaciones que lo requieren	6,30	6,43	4,04
– La calidad de las sentencias	4,87	–	–
– El interés y preocupación porque sus sentencias se ejecuten	4,56	4,85	–
– A la duración media de los procesos	3,63	–	–

García de la Cruz Herrero, 2003.

La evaluación de las Oficinas Judiciales (OJ) tiene menos matices, véase el cuadro 5. En los dos aspectos en los que se puede contrastar entre el año 1999 y el 2002 observamos que la media es similar, en consecuencia, podríamos interpretar que la LEC no ha mejorado, ni ha empeorado, su funcionamiento. No obstante, en las dos últimas categorías, que sólo están calificadas en los años 2001 y 2002, se aprecia un moderado empeoramiento en este período. El balance final de las oficinas judiciales del ámbito civil es ligeramente negativo. A la luz de estos datos sospechamos que la *nueva* LEC ha enredado la actividad de las OJ provocando una tendencia a la baja en la calidad observada en su funcionamiento por los abogados.

CUADRO 5

En cuanto a las Secretarías de los Juzgados de 1ª instancia ¿cómo evaluaría usted...? (escala del 0 al 10)

	2002	2001	1999
– La forma en que funcionan en general	4,95	6,06	4,95
– Su disponibilidad para informar a los letrados de la situación del expediente y obtención de copias	5,34	5,68	5,37
– Su preparación, competencia	5,66	6,09	–
– Su laboriosidad, dedicación a su trabajo	5,15	5,58	–

García de la Cruz Herrero, 2003.

4.3 La segunda instancia

La Audiencia Provincial es, por un lado, la segunda instancia de los asuntos vistos en primera instancia por Juzgados, y por el otro, la primera instancia de los asuntos que así lo requieren procesalmente. Dicho esto, podría parecer que los abogados están evaluando ambas actividades de las Audiencias Provinciales, sin embargo, parece que no es así. En la práctica el 96 por 100 de los asuntos que ingresan en las Audiencias Provinciales son recursos ⁴⁵. Por todo ello, parece que los abogados cuando califican la actividad de las Audiencias Provinciales están pensando en las Secciones Civiles de las Audiencias Provinciales en su papel de segunda instancia: en su función de resolver los recursos.

El cuadro 6 nos muestra una mejoría en la valoración de las Audiencias Provinciales a lo largo de este período considerado, por lo tanto, podemos apuntar que la incorporación de la *nueva* LEC ha tenido un impacto positivo para esta segunda instancia. Aunque no queremos dejar de mencionar que en esta instancia hay factores ajenos a la LEC que, además, han incidido con fuerza en la regeneración de algunas Audiencias Provinciales. Nos referimos a los refuerzos especiales que se han realizado sobre algunas de las Audiencias Provinciales más atascadas, por ejemplo: la de Madrid. Desde esta perspectiva, el progreso se ha producido pero la causa pudiera ser, bien por este tipo de apoyos específicos a las Audiencias Provinciales, bien por la propia LEC, o incluso, de una mixtura de ambos factores ⁴⁶.

CUADRO 6

Globalmente, en su conjunto, ¿cómo calificaría usted la forma en que funcionan las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial en la que usted ejerce normalmente? (escala del 0 al 10)

Año 2002 (España)	Año 2001 (España)	Año 1999 (Madrid)
5,69	5,26	4,20

⁴⁵ Por ejemplo, en el año 2001 las Audiencias Provinciales resolvieron 3.420 procesos directos y 90.349 recursos, por lo tanto, el 96 por 100 del trabajo, en cantidad de asuntos, fueron recursos, *vid.* CGPJ (2002), *Memoria: Sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales*, Madrid, CGPJ, p. 375.

⁴⁶ Hay otras posibilidades que no ocultamos aunque no deseamos, por ejemplo: que la nueva LEC haya perjudicado al funcionamiento de la segunda instancia, pero que el impacto de los esfuerzos y apoyos en las Audiencias Provinciales más atascadas haya sido de tal magnitud que *pese* a la nueva LEC se haya producido una mejoría en el balance global sobre la actividad de las AP por parte de los abogados. Los datos no nos permiten apuntar en qué medida y cuál de estas hipótesis es más o menos fiable.

El cuadro 7 ofrece más contrastes. En primer lugar, nos encontramos de nuevo con el lastre de ese factor que definimos como *su receptividad para recibir a los abogados cuando éstos lo solicitan*, que con un 4,77 es el aspecto peor calificado. En el polo opuesto, como actividad mejor valorada, nos encontramos *la calidad de las sentencias* con un 6,06. No es un asunto cualquiera que el Tribunal que revisa los fallos de la primera instancia tenga prestigio técnico, al contrario, hay que felicitarle por ello, sobre todo, si esta calificación viene dada por los abogados.

En el resto de actividades evaluadas nos encontramos con el siguiente esquema: todas han mejorado en el tiempo pero ninguna alcanza la calificación media del 6 que vendría a ser la meta a conseguir ⁴⁷.

CUADRO 7

¿Cómo calificaría usted en conjunto a las Secciones de lo Civil de la Audiencia Provincial en la que usted ejerce normalmente? En cuanto a... (escala del 0 al 10)

	2002	2001	1999
– Su receptividad para recibir a los abogados cuando estos lo solicitan	4,77	—	—
– Laboriosidad, grado de dedicación a su trabajo	5,50	5,28	4,72
– La forma en que conducen los juicios	5,71	—	—
– La calidad de las sentencias	6,06	5,70	5,55
– El interés y preocupación porque sus sentencias se ejecuten	4,79	4,32	3,30

García de la Cruz Herrero, 2003.

4.4 La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo es un ámbito judicial al que se recurre sólo en algunos casos, por ejemplo: a lo largo del año 2001 ingresaron 5.342 asuntos en Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en contraste, con los 93.769 que ingresaron en las secciones de las Audiencias Provinciales ⁴⁸. Hemos ofrecido esta comparación con el objetivo de recordar que la valoración de este alto tribunal debe

⁴⁷ Aunque las medias de 6 o más son difíciles de conseguir, la realidad es que en algunas jurisdicciones son abundantes, *vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003), *Para medir la calidad (I)*..., *op. cit.*

⁴⁸ CGPJ (2002), *Memoria*..., *op. cit.*, pp. 375 y 379.

relativizarse. En efecto, el contacto cotidiano y variado de los abogados con los Juzgados de Primera Instancia o las Audiencias Provinciales queda muy mermado cuando nos referimos a la Sala Civil del Tribunal Supremo ⁴⁹.

El cuadro 8 nos muestra un incremento en la valoración de la Sala del Tribunal Supremo que no se observaba en las Audiencias Provinciales. Destaca el 6,83 de media para *la calidad de las sentencias*. Una apreciación que los abogados ya tenían antes de la puesta en marcha de la LEC. Lo que por otra parte era previsible, esto es, la capacitación técnica de los Magistrados del Tribunal Supremo no debe variar por un cambio procesal.

El 5,49 obtenido en su *laboriosidad, grado de dedicación a su trabajo* apunta la posibilidad de que este aspecto esté mejorando a ojos de los abogados. No obstante, los datos sobre los plazos de resolución de esta Sala de lo Civil son muy malos. En el año 2000 las duraciones medias eran de tres años. Aunque los datos de pendencia en la memoria del 2002 indican una ligera mejoría pero con menor número de asuntos ingresados en esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ⁵⁰.

CUADRO 8

¿Cómo calificaría usted en conjunto a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo? En cuanto a... (escala del 0 al 10)

	2002	2001	1999
- Al funcionamiento global y conjunto de la Sala de lo Civil	5,04	3,88	4,80
- Laboriosidad, grado de dedicación a su trabajo	5,49	4,64	5,10
- La calidad de las sentencias	6,83	6,68	6,48

García de la Cruz Herrero, 2003.

4.5 Balance global del impacto de la LEC en la actividad de los Tribunales de lo Civil

La puesta en marcha de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil no ha tenido consecuencias, ni positivas, ni negativas, en la aprecia-

⁴⁹ Conviene recordar que hay una vía de conocimiento directo de este alto tribunal que es la jurisprudencial, donde las Salas del Tribunal Supremo son la máxima y cotidiana referencia para el trabajo de los letrados, jueces o magistrados.

⁵⁰ Puede verse un pormenorizado análisis de las duraciones en los Tribunales Civiles españoles en GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J. (2003), «Duraciones procesales en los Tribunales Civiles», *op. cit.*

ción que los abogados realizan del Tribunal Supremo. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene un nivel de calidad similar en el año 1999 que en las postrimerías del año 2002. En los dos momentos se ha valorado como un *productor* de altísima calidad en sus sentencias; pero se critica su *laboriosidad*, o lo que es lo mismo, a los plazos medios de resolución siguen considerándose muy largos.

Por su parte, la segunda instancia de lo civil sí refleja algunas mejoras en este período considerado, 1999-2002. Ahora bien, no podemos asegurar que sean debidas al cambio de la ley procesal, es más, sospechamos que una parte de ese pequeño avance que se aprecia es debido al refuerzo en dotación que se han realizado en las Audiencias Provinciales más atascadas.

En la primera instancia hemos encontrado un impacto claro y contundente de la *nueva LEC: la inmediación* se ha incrementado de manera muy apreciable y generalizada al pasar de un 4,04 en el año 1999 a un 6,30 en el 2002, lo que es un cambio radical que ya se apreciaba a finales del año 2001.

Sin embargo, la *nueva LEC* no parece que haya ayudado, a ojos de los abogados, en *el interés y preocupación de los titulares por la ejecución de las sentencias o en la duración media de los procedimientos* que con un 3,63 es la cifra más baja de todo el ámbito civil en los datos del año 2002.

Por lo tanto; al día de hoy el principal lastre, junto al reproche por la falta de *receptividad*, son los *plazos procesales* ⁵¹. En las investigaciones que hemos realizado indagando a quién consideran responsables de la dilación los abogados, en primer lugar, y de manera destacada, se apunta al Ministerio de Justicia; luego, en segundo lugar, a los Jueces y Magistrados; y en tercer lugar, a la oficina judicial ⁵².

5. UN INDICADOR QUE NO CAMBIA CON LAS LEYES PROCESALES: EL TRATO

Ya hemos mencionado la importancia que tiene para los abogados el grado de receptividad de los titulares de los Tribunales a la hora de calificarlos. Este factor, la *receptividad*, ha sido utilizado como indicador, una especie de termómetro que nos permite inda-

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Vid.* GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003), *Para medir la calidad (I)...*, *op. cit.*

gar en un escenario muy importante del funcionamiento de la Justicia: la sinergia entre profesionales del Derecho de dentro y de fuera de la Administración de Justicia ⁵³.

Efectivamente, el tipo de relación de abogados y procuradores con funcionarios, jueces y magistrados, es un factor esencial a la hora de calibrar la calidad alcanzada por este Servicio Público: la Administración de Justicia ⁵⁴.

Por lo que sabemos, los abogados no están reclamando camaradería, a la vista de las encuestas y sus calificaciones, la abogacía busca cierta armonía organizativa que permita una mejor fluidez procesal, y de manera particular un tratamiento singular de algunos asuntos que a su juicio así lo requieren ⁵⁵.

En este escenario de cohabitación organizativa podíamos haber generado una escala en la que los abogados nos apuntaran el grado en el que ellos consideraban que el trato de jueces o funcionarios permite esa sinergia organizativa o no. Sin embargo, la situación de partida nos ha obligado a mirar más abajo.

Al día de hoy, aunque parezca mentira, es pertinente preguntar si un abogado ha sido tratado de manera vejatoria por algún juez o magistrado. Sorprendentemente, existe esta sensación; y por supuesto mientras persista este fenómeno en una magnitud importante el planteamiento de medir el grado de armonía organizativa, sinergia entre abogacía y jueces, queda como un asunto que se debe abordar en una fase posterior.

En efecto, en la encuesta del año 2002 se preguntó directamente a los abogados por esta cuestión mediante la siguiente pregunta: *¿En alguna ocasión ha sido usted objeto de actitudes vejatorias por parte de algún juez o magistrado?* El dato obtenido, cuadro 1, nos ha sorprendido: el 45 por 100 del total de abogados habitualmente litigantes han declarado que sí. En cualquier caso, estamos hablando de un sentimiento, no de un hecho objetivo, observado e indudable. Ahora bien, sea cual sea el origen de esta sensación, evidencia un descontento notable y franco con el trato recibido por parte de los jueces.

Naturalmente, esta proporción del 45 por 100 tiene diversas interpretaciones o traducciones prácticas. Parece, por tanto, que la cifra del 45 por 100 se ha podido alcanzar mediante diferentes iti-

⁵³ No creemos que la abogacía pueda considerarse como un factor totalmente exterior a la Justicia, más bien, es un agente externo aunque no dependiente directamente ni de la Administración, ni del Poder Judicial.

⁵⁴ Vid. ZEITHAML, PARASURAMAN y BERRY (1993): *Calidad Total...*, op. cit.

⁵⁵ Para leer más argumentos, vid. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (2003), *Para medir la calidad...*, op. cit.

nerarios de conflicto. Por ejemplo, pocos jueces y magistrados especialmente beligerantes; o si se prefiere eludir eufemismos, un pequeño colectivo, una minoría de jueces que abusan de su posición de prepotencia en el escenario judicial ⁵⁶. Pero, también, podría ser que una parte de los letrados que se han sentido «mal tratados» sean muy susceptibles, o que alguna supuesta incorrección procesal haya sido corregida legítimamente por un juez, pero esto haya sido interpretado como una falta de respeto por el agraviado. En fin, que distintos caminos pueden haber llevado a este 45 por 100 aunque a nuestro juicio es un porcentaje muy alto que en cualquier caso refleja un hondo y extenso malestar allí donde sería necesario que hubiera el menor número de asperezas: en la relación entre abogados y jueces.

CUADRO 9

¿En alguna ocasión ha sido usted objeto de actitudes vejatorias por parte de algún juez o magistrado?

	<i>Total</i>	Laboral	Penal	Civil	Cont. Adm.
Sí	45	47	45	44	44
No	55	53	55	56	56

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAVROIS, M. L. DALLE, H., y JEAN, J. P. (2002), *La qualité de la justice*, París, École nationale de la magistrature.
- CGAE (2003), *La abogacía vista por los abogados*, Primer Barómetro Interno de Opinión del C.G.A.E.
- CGPJ (2002), *Memoria: Sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales*, Madrid, CGPJ.
- CGPJ (1997), *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, CGPJ.
- FUNDACIÓN ANTONIO CARRETERO (2002), «Informe sobre un año de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, julio/2002, pp. 67-72.

⁵⁶ Esta línea argumental es apoyada por un 58 por 100 de los abogados en ejercicio, vid. CGAE (2003), *La abogacía vista por los abogados*, Primer Barómetro Interno de Opinión del CGAE, pregunta, núm. 2.2.8., y en de manera complementaria también la pregunta. 2.2.11.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J

- (2001): *La Duración de los procedimientos judiciales*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Serie Estudios núm. 1.
 - y LAMBEA HUICE, F. (2001), «La Justice en Espagne: les changements depuis 1978», en Robert, P. et Cottino, A. (dirs.), *Les Mutations de la Justice (Comparaisons euroéennes)*, París, L'Harmattan, pp.123-159.
 - (2002), «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil desde la perspectiva sociológica», Martínez Abascal, V.A., *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y Proceso Laboral*, Madrid, Marcial Pons, pp. 13-33.
 - (2002), «La satisfacción de los usuarios con la actividad de los Tribunales de Justicia», *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, segundo trimestre.
 - (2002), «Tres propuestas para generar una pauta que permita estimar masivamente si hay dilación», en *Revista de Derecho Procesal*, año 2002, núm. 1-3, pp. 133-149.
 - (2003), «Duraciones procesales en los Tribunales Civiles», en *Anuario de Derecho Civil*, año 2003, fascículo 1.
 - (2003), *Para medir la calidad de la Justicia (I): abogados*, Documento de Trabajo núm. 3/2003, Fundación BBVA.
 - (2003), *Para medir la calidad de la Justicia (II): procuradores*, Documento de Trabajo núm. 4/2003, Fundación BBVA.
 - (2003), «Duraciones procesales en los Tribunales Civiles», *Anuario de Derecho Civil 2003*, fascículo I.
- LAMO DE ESPINOSA, E.; GONZÁLEZ GARCÍA, J., y TORRES ALBERO, C. (1994), *La sociología del conocimiento y de la ciencia*, Madrid, Alianza Editorial.
- LÓPEZ-MENDEL BÁSCONES, J. (2000), «La tramitación parlamentaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 59, tercer trimestre, pp. 393-413
- LLORENS MONTES, F. J. (1996), *Medición de la calidad de servicio*, Granada, Universidad de Granada.
- MAP (2000), *Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas.
- POLE, D. H. (1997), *Project Advisor School of Public Administration*, Dalhousie University Halifax, Nova Scotia.
- SERVICIO DE INSPECCIÓN DEL CGPJ (2002): «Análisis de la incidencia de la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Informe del 17 de julio de 2001*, y lo mismo en la *Revisión de Datos a 31 de diciembre de 2001*.
- STAUB, A., y MOSHASEB, S. (1996), *Implementation and institutionalization of the Trial Courts Performance Standards*, Los Angeles Municipal Court, State Justice Institute.
- TOHARIA, J. J.
- (2001), *Opinión pública y Justicia*, Madrid, CGPJ.
 - (2002), «Las encuestas de opinión y las decisiones políticas: el caso de la evaluación y reforma de la Justicia», en *REIS*, núm. 99, julio-septiembre, pp. 223-235.
 - (2003), *La imagen ciudadana de la Justicia*, FBVA, Documento de Trabajo 2/2003, Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia, Fundación BBVA.
 - y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO (1999), «Funcionamiento de los Tribunales de Justicia», *OTROSÍ*, núm. 9, noviembre, pp. 18-36.

- VALARIE, A.; ZEITHAML, V. A.; PARASUMAN, A., y BERRY, L. L. (1993), *Calidad Total en la gestión de servicios. Cómo lograr el equilibrio entre las percepciones y las expectativas de los consumidores*, Madrid, Ediciones Díaz de Santos.
- VERECK, L., y MÜHL, M. (2000), «An Economic Theory of Court Delay», en *European Journal of Law and Economics*, núm. 10(3), noviembre de 2000, pp. 243-268.
- VV. AA. (1991), *Materiales para una Reforma Procesal*, Madrid, Ministerio de Justicia.

El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad

GUILLELMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: I. *La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (LAT).* II. *Posible justificación en la delimitación de los dos tipos de aprovechamiento por turno permitidos en la LAT.* CAPÍTULO PRIMERO: CALIFICACIÓN Y FUENTES REGULADORAS DEL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO. I. *El arrendamiento vacacional por turno como especie «sui generis» de hospedaje.* II. *Ámbito de aplicación material de la LAT: arriendos incluidos, excluidos y prohibidos.* III. *Régimen legal aplicable al arrendamiento vacacional por turno.* 1. Límite de la LAT en su aplicación al goce por turno arrendaticio, y elenco de normas que, junto con la LAT, le resultan en principio aplicables. 2. Orden jerárquico de fuentes: la preferencia de la LAT, su incidencia en la autonomía de la voluntad y la práctica inaplicabilidad de la LAU al arriendo por turno. CAPÍTULO SEGUNDO: ELEMENTOS DEL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO. I. *Elementos personales.* 1. El «propietario registral del inmueble» como arrendador. 1.1 El requisito de la profesionalidad del arrendador y de sus posibles intermediarios. 2. El arrendatario-huésped: ¿puede serlo una persona jurídica? II. *Elementos reales.* 1. Especialidades objetivas del arriendo vacacional por turno. 1.1 El alojamiento turístico. 1.2 Las posibilidades de explotación mixta, de alojamiento determinable y de preaprovechamiento. 2. El goce arrendaticio: peculiaridades temporales y teleológicas. 2.1 La duración del régimen arrendaticio y la de cada contrato. 2.2 El turno de goce. 2.2.A) El turno: duración, número y posible determinabilidad. 2.2.B) El necesario fin vacacional del turno de goce. 3. El precio o merced. 3.1 La renta como contraprestación a cada turno de goce del alojamiento arrendado. 3.2 La cuota anual como contraprestación a los servicios complementarios y de mantenimiento del inmueble arrendado. III. *Elementos formales.* 1. La previa constitución del régimen y la siempre posterior transmisión de cada derecho arrendaticio. 1.1 La exigencia de constitución del régimen mediante escritura pública y su obligada inscripción registral: su especial importancia cuando el goce por turno es arrendaticio. 1.2 La necesaria forma escrita del contrato traslativo del dere-

cho-turno y la voluntariedad de su escrituración e inscripción.

2. A modo de cuestión adicional, por su singularidad cuando el aprovechamiento por turno es arrendaticio. Aspecto organizativo de la publicidad registral. La necesaria pluralidad de folios reales y su coordinación con el principio de especialidad. CAPÍTULO TERCERO: CONTENIDO DEL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO. I. *Obligaciones del arrendador*. 1. Obligación de entrega del alojamiento turístico: sus peculiaridades en el arriendo por turno. 2. La obligación de mantenimiento del alojamiento turístico. 2.1 La esencialidad de dicha obligación, su posible realización por una empresa de servicios y su necesaria garantía. 2.2 Contenido y momento de prestación de la obligación de mantenimiento. II. *Obligaciones del arrendatario*. 1. La obligación de pagar la renta y las cuotas anuales por los servicios complementarios y de mantenimiento prestados (remisión); sus posibles garantías. 2. La obligación de contribución a los gastos tributarios, notariales y registrales. 3. Las obligaciones de uso diligente y de devolución del alojamiento arrendado: sus singularidades y consecuencias en el arriendo por turno. En especial, la obligación de no alterar el alojamiento turístico arrendado. III. *Facultades del arrendatario y del arrendador*. 1. El contenido esencial del aprovechamiento: la facultad de goce por turno y la exigencia de los servicios complementarios y de mantenimiento del inmueble (remisión). 2. La facultad de «libre» disposición *inter vivos* del derecho de arrendamiento por turno, y la de la propiedad del inmueble arrendado. CAPÍTULO CUARTO: TERMINACIÓN DEL ARRIENDO VACACIONAL POR TURNO. I. *La resolución del arrendamiento por turno vacacional*. 1. Resolución a instancia del arrendador. 1.1 Causas resolutorias comunes del arrendamiento urbano inaplicables en absoluto y aplicables sin ninguna peculiaridad al arriendo por turno vacacional. 1.2 Las causas resolutorias contempladas, de uno u otro modo, en la LAT a favor del arrendador. 1.2.A) Resolución por impago de la renta. 1.2.B) Resolución por impago de la cuota anual por los servicios prestados. 1.2.C) Resolución por alteración o deterioro del alojamiento turístico arrendado imputable al arrendatario. 2. Resolución del contrato arrendaticio a instancia del arrendatario. 2.1 Resolución por pago anticipado hecho bajo prohibición (remisión). 2.2 Resolución por incumplimiento de las obligaciones del arrendador, especialmente por la no prestación de los servicios de mantenimiento. II. *Extinción del arriendo por otras causas diversas de la resolución contractual*. 1. La imposible extinción del arrendamiento por turno por confusión, ni por extinción del derecho del arrendador. 2. La sobrevenida inhabilitad total del alojamiento turístico como supuesto de extinción en el arriendo por turno. 3. La extinción del arrendamiento por turno por expiración del plazo. 3.1 Cancelación de la inscripción ante la extinción del arriendo por turno por la terminación de su duración. 4. La continuidad del arriendo por turno, en caso de enajenación de la finca arrendada, como regla en razón de su obligada inscripción registral. 5. El fallecimiento del arrendatario: ¿es necesariamente causa de extinción del arrendamiento por turno vacacional?, ¿es posible la subrogación convencional *mortis causa*?, ¿es disponible *mortis causa* el derecho de arrendamiento por turno?

INTRODUCCIÓN

I. LA LEY 42/1998, DE 15 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO DE BIENES INMUEBLES DE USO TURÍSTICO (LAT)

Hacía ya mucho que, como alternativa a la propiedad individual de un apartamento en zonas turísticas, el goce por períodos con destino vacacional, más conocido como *Time-sharing*, era una realidad muy extendida en el mundo, sobre todo por nuestra turística piel de toro¹, mas no siempre estuvo correspondida por un reconocimiento legal específico. Este era nuestro caso, hasta hace poco. Frente a su previsión expresa en cierta normativa extranjera y comunitaria, destacando al respecto la Directiva Europea 94/47/CE, de 26 de octubre², en nuestra regulación brillaba por su ausencia: sólo algunas normas autonómicas³ y decisiones «jurisprudenciales» (RDGRyN de 4 de marzo de 1993 y STS de 12 de febrero de 1998), abordaban, con alcance reglamentario las unas y parcialmente las otras, esta atípica situación.

Tras no pocos intentos abortados⁴, y dando, por fin, cumplimiento, aunque con retraso, a la Directiva Europea (*vid.* su art. 12),

¹ Como muestra de las ventajas del *Timesharing*, de su génesis y de su éxito en España, *vid.*, respectivamente, los párrafos primero, segundo y tercero de la Exp. Motiv. LAT.

² Como países pioneros, Portugal regula esta figura como habitación periódica, permitiendo luego, no obstante, su configuración obligacional, en los Decretos-Ley 355 de 1981 y 368 de 1983, modificados por los DD-L 130 de 18 de abril de 1989, 275 de 5 de agosto de 1993, de 4 de julio de 1997, y de 22 de mayo de 1999. Francia lo hace, bajo una fórmula societaria, en la Ley 86 de 6 de enero de 1986. Y en Grecia, la Ley 1652 de 14 de octubre de 1986 la recoge como derecho arrendaticio. Para mayor detalle al respecto, MUNAR BERNAT, P. A., *Regímenes jurídicos de multipropiedad en Derecho comparado*, Madrid, 1991.

³ Eran, entre otras, la Orden de 25 de agosto de 1989 en Canarias, y la Orden de 15 de enero de 1990 en las Islas Baleares. Ahora, en su sustitución, destacan en las Islas Canarias, el artículo 46 de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de Ordenación del Turismo, y el Decreto 272/1997, de 27 de noviembre, sobre regulación de los alojamientos en régimen de uso a tiempo compartido; y en las Islas Baleares, el Decreto 117/1997, de 6 de septiembre, regulador de determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, y el artículo 12 de la Ley General Turística de 24 de marzo de 1999.

⁴ Han sido los Borradores de Anteproyecto de Ley sobre multipropiedad, de febrero de 1988, elaborado por la DGRyN (en adelante B-88); el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Conjuntos inmobiliarios, de 20 de octubre de 1989 (en adelante B-89); el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Conjuntos inmobiliarios, regulador de los complejos urbanos, de la propiedad horizontal y de la multipropiedad, de 18 de diciembre de 1991, elaborado por el Ministerio de Justicia (en adelante B-91); el borrador de Anteproyecto de Ley de Tiempo Compartido, de enero de 1992, redactado por el Ministerio de Justicia, Comercio y Turismo (en adelante B-92); y el borrador de Anteproyecto de Ley sobre aprovechamientos por turno de bienes inmuebles, de 6 de septiembre de 1994, elaborado por el Ministerio Justicia e Interior, en colaboración con el Ministerio de Comercio y Turismo (en adelante B-94).

nuestro legislador ha sido capaz de colmar aquella «laguna» legal y de culminar una meta hace ya años ansiada en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (en adelante, LAT)^{4 bis}, que amén de respetar la normativa autonómica existente antes de ella sobre esta figura, permite su modificación, como así ha sucedido, o su desarrollo en las Comunidades Autónomas donde aquélla no exista (art. 148.1.18.º CE y disp. final única LAT)⁵.

Esta Ley, aun sin ser mera trasposición del contenido –de mínimos– de la Directiva, la secunda íntegramente en su *ratio*: a lo largo de todo su articulado presenta como *leit motiv* la protección de los titulares de esos derechos-turno como parte contractual más débil, en cuanto consumidores por ser ellos los destinatarios finales del producto turístico –alojamiento y servicios– que le transmite y presta el promotor, por sí o a través de intermediario [cfr. arts. 1.5, 2.1, 8, aps. 2.a), 3 y 4, 9.3.III LAT]; y lo hace probablemente por la «leyenda negra», no nueva, ni siempre fundada, que sobre esta figura se formó, no tanto por su atipicidad, sino por la indefensión del usuario ante los engaños del promotor⁶. Únicamente desde esta inspiración constante de la Ley cabe explicar, y a veces sólo excusar, su contenido.

Como consecuencia de aquella *ratio*, salvo en contadas ocasiones, en que se deja cierto margen, aunque siempre estrecho, a la autonomía de la voluntad [art. 1, aps. 1 *in fine*, 2 inciso inicial, 3 *ab initio*, y 4.IV, arts. 3.1, 4.1.e), 13.1 inciso inicial, todos de la LAT], la LAT presenta un contenido eminentemente imperativo por mostrarse protector para con el adquirente del aprovechamiento por turno, impidiendo cualquier abuso que exista por renuncia a los

^{4 bis} En su breve período de vigencia transcurrido, la LAT ha sido, sin embargo, objeto de algunas modificaciones llevadas a cabo a través de una práctica legal tan común en los últimos tiempos como en buena parte cuestionable: las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario. Nos referimos a la ley 14/2000, de 29 de diciembre (art. 73 y dis. adic. 4.ª), y a la ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 95); que se indicarán en lugar oportuno.

⁵ Así lo advierte la LAT en el párrafo primero del ap. I de su Exp. Motiv., casi reproducido en su disp. final. única. Al respecto, son destacables los Decretos canario y balear, ambos de 1997, citados en una nota anterior, y, en general, la normativa autonómica sobre turismo que contiene alguna mención del goce por turno. Así, entre otros, los artículos 13 y 24 de la Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Murcia; la disp. trans. 2.ª de la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Valencia; el artículo 45 de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de Galicia (cuyo ap. 2 es casi copiado en el art. 1.1 LAT).

⁶ Así se dice en la Exp. Motiv. LAT (párrafos cuarto y sexto de su ap. I); y a ello respondía ya la Directiva de 1994 en el Cd.º 2.º de su Exp. Motiv. No es novedad esta mala fama del empresario turístico y que sobre él cargue las tintas el legislador. En su glosa a la Ley 26, tít. VIII, P. 3.ª (antecedente de los arts. 1783 y 1784 CC), GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas del Sabio Rey Alfonso el Nono*, Madrid, 1829, decía: «*Communiter hospitalores isti sunt homines rapaces et vulgares*».

derechos por ella concedidos en su favor [cfr., como más significativos, el art. 1, aps. 4, en todos sus párrafos excepto el último, y 7, y arts. 2, 3, 4.3, 5.1.5.º, 6.1, 10 en relación con los arts. 8 y 9, 11, 15 y 16 LAT y disp. adic. 2.ª LAT]. Como efecto directo, a su vez, de que la LAT sea en gran parte norma cogente y con el fin de evitar cualquier fraude o vulneración de ella misma, la sanción general ante su inobservancia será, salvo excepciones, la nulidad radical, a veces del pacto o cláusula en concreto que sea *contra legem* o se haga *in fraudem legis* (arts. 2, 5.1.5.º y 6.1 LAT), y en otras ocasiones del propio régimen constitutivo o del contrato de cesión del derecho-turno en su totalidad (arts. 1.7, 4.3.II y 10.2.II LAT).

En la propia configuración concreta del goce por turno quedan en parte excepcionados por idéntica razón los principios de autonomía de la voluntad y de *numerus apertus* vigentes en nuestro Derecho en materia de derechos patrimoniales, reales y personales (arts. 1255, 392.2, 467, 523 CC, 2.2 LH y 7 RH)⁷: junto a la doble alternativa que en principio se recoge, la real de aprovechamiento y la obligacional de arrendamiento [art. 1, aps. 1 *in fine* y 6, 8.2.b) y 9.1.2.º LAT, y el párrafo decimoquinto del ap. I de su Exp. Motiv.], sólo se admite la forma societaria para regular el posible intercambio de turnos o de alojamientos [arts. 8.2.k) y 9.1.9.º e) LAT]⁸, y, dentro de este ámbito turístico de consumo, se prohíbe la

⁷ Así lo dice BERCOVITZ, en su Prólogo a la obra de COSTAS RODAL, L.: *Los derechos de aprovechamiento por turno*, Granada, 2000, p. XXVI: «La Ley reguladora de tiempo compartido en nuestro país es una norma imperativa que limita radicalmente la autonomía de la voluntad de la que venían gozando los particulares –sobre todo, dice– en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de los derechos de utilización periódica». Y es que desde su génesis hasta la Ley actual, el goce por turno siempre se ha singularizado como figura especial por el destino vacacional del goce y por la distribución por períodos de dicho goce. Sin embargo, el molde jurídico donde poder encajar ambas especialidades de goce ha sido, antes de la LAT y al amparo de la autonomía privada, muy variado, pudiendo configurarse: como derecho personal, ya fuese bajo la fórmula societaria (como en la Ley de Francia); ya con la arrendaticia (como en la Ley de Grecia), o como derecho real, ya fuese pleno (multipropiedad), ya fuese limitado (usufructo, o habitación como en la legislación de Portugal). Así lo explicábamos con mayor detalle en nuestro trabajo «*La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad*», en RCDI, 1996, pp. 281 y 282. Por su parte, la STS de 12 de febrero de 1998 se limitó a afirmar «la diferente naturaleza que puede presentar la llamada multipropiedad, atribuyendo al titular un derecho que puede ser tanto real como personal, según los casos». *Stricto sensu*, sin embargo, el término «multipropiedad» debe quedar restringido al supuesto de copropiedad funcional en la que de suyo no hay acción de división, ni retracto legal de comuneros. Y, ¿qué ha hecho la LAT ante aquel abanico de posibilidades? La libertad contractual ha sido restringida, por cuanto se ha reducido aquella pluralidad a dualidad opcional (*vid., supra*, en el texto).

⁸ No obstante, RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (Dir.), *Multipropiedad y aprovechamiento por turno. Comentarios sistemáticos a la LAT*, Madrid, 2000, pp. 43 a 45, partiendo de que las multipropiedades «societarias» existentes –y por existir– en nuestro país no se amoldan a ninguna de las sociedades admitidas en nuestro Derecho, pues falta en ellas la *affectio societatis* y el ánimo de lucro en los socios, cree que, a pesar del nombre, por su contenido y por su naturaleza personal tales formas de uso por turno deben subsumirse en el tipo legal del arriendo turístico por turno del artículo 1.6 LAT.

multipl propiedad, ya sea por su contenido, ya sea en el empleo mismo de su *nomen* (arts. 1.4.II y III, y 8.1 LAT)⁹. No puede, pues, decirse que la LAT haya adoptado una solución –como ella llama en su Exp. Motiv.– «intermedia», sino restrictiva¹⁰. Más aún. La introducción en la LAT del molde arrendaticio fue iniciativa de CiU (enmiendas 36, 41 y 47), y de Coalición Canaria (enmiendas 151, 160 y 162), frente al borrador originario que como única forma regulaba la de naturaleza jurídico-real. Cabe, entonces, ya observar que la supuesta solución ecléctica de la LAT lo es por comparación con su proyecto, mas no por lo que hasta ese momento era práctica habitual dentro y fuera de nuestras fronteras. Pero, ¿por qué fue introducido, entonces, el modelo arrendaticio?

II. POSIBLE JUSTIFICACIÓN EN LA DELIMITACIÓN DE LOS DOS TIPOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO PERMITIDOS EN LA LAT

Resulta curioso que nuestra LAT haya dado finalmente respaldo a un modelo, el obligacional de arrendamiento (aps. 1 y 6 del art. 1 LAT), que, aunque previsto con anterioridad a ella en algunos de nuestros borradores¹¹, en el Derecho griego¹² y tam-

⁹ Sorprende, al respecto, la observación de MUNAR, P. A., *La regulación española de la «multipl propiedad»: la LAT*, Pamplona, 1999, p. 65, para quien «la prohibición de manejar el término multipl propiedad la refiere éste –art. 1.4.I LAT–, al derecho real de aprovechamiento por turno. ¿Se podrá denominar así si se constituye a través de la fórmula arrendaticia? Una vez más –dice–, el subconsciente traiciona al legislador, puesto que se mantiene la redacción inicial del anteproyecto que, como se verá, sólo contemplaba la opción real». Esta afirmación resulta apresurada: al margen de posteriores profusiones al respecto, el artículo 1 LAT se refiere *in integrum* al aprovechamiento por turno cualquiera que sea su naturaleza jurídica, real limitada o arrendaticia (art. 1.1 LAT *in fine*). Además, tanto en el documento informativo previo a la comercialización de los turnos [art. 8.2.b) LAT] –sólo a este precepto se refiere COSTAS, L., *op. cit.*, p. 254, para desmentir la suposición de Munar–, como posteriormente en el propio contrato de cesión (art. 9.1.2.º LAT), el promotor-transmisor debe expresar la naturaleza real o personal del derecho-turno que oferta y que, en su caso, transmite, sin que en ninguno de los documentos pueda emplear la expresión «propiedad» o «multipl propiedad» (arts. 1.4.II y 8.1 LAT).

¹⁰ Así también, RUIZ-RICO, J. M., «Multipl propiedad y LAT: la incomprensible voluntad de poner puertas al campo», en *La Ley*, 1999, p. 3.

¹¹ Ya en los artículos 63 B-91 y 50 B-94, que integraban por sí mismos el Tít., VI y III respectivamente, sobre «derechos de aprovechamiento por turno sin carácter real», se regulaba el goce por turno obligacional; ¿de qué clase? Sabiendo que la configuración asociativa en cualquiera de sus derivaciones estaba prohibida (arts. 3.2.3 B-91 y 4.2 B-94), la respuesta venía dada por los artículos 65.2 B-91 y 51 B-94, en los que se hablaba de «arrendamientos».

¹² Es la Ley núm. 1652 de 14 de octubre de 1986, desarrollada por la Orden Ministerial de 15 de diciembre de 1987. A Grecia se refiere nuestra LAT en su Exp. Motiv., para simplemente mencionar la fórmula «de derecho personal (el multiarriendo griego). Al margen de las referencias que luego, y en lugar oportuno, hagamos a esta Ley, para una visión completa de la misma, *vid.* KOMMATAS, G., *Greece. Time-sharing regulation*, en *European travel law*, a cargo de Z. Yakub y B. Bedford, Chichester, 1997, pp. 308 ss.

bién en la práctica, mas poco exitosa y sin apoyo legal específico, de otros países¹³, resultaba contrario al sentir de la opinión común¹⁴ y de la propia Directiva europea de 1994. Esta, al principio advierte que su finalidad es abordar las cuestiones contractuales y precontractuales para así proteger al adquirente del derecho en cuanto consumidor de un producto turístico, dejando autonomía a cada Estado miembro para fijar la concreta naturaleza jurídica del derecho que el contrato genere, dado el variopinto panorama comparado existente al respecto¹⁵; pero a continuación señala la inconveniencia de configurar el goce por turno como arrendamiento.

Sin embargo, como veremos a lo largo de este trabajo —y sintetizado ahora en la siguiente nota a pie de página—, todos los obstáculos que desde hace tiempo se han venido oponiendo al goce periódico arrendaticio y que, a la inversa, se convertían en ventajas que aconsejaban la adopción de la multipropiedad en sentido preciso como fórmula más acertada y atractiva, han sido, uno tras otro, subsanados de uno u otro modo por la LAT, siempre dentro del margen a la autonomía que acerca de la *natura iuris* de este fenómeno le confiere la propia Directiva¹⁶; mas, ¿por qué este empeño contra-

¹³ V. gr., la *vacation lease* en EEUU, el *timeshare holiday lease* en Gran Bretaña, la *multilocazione* o *multiproprietà-locativa* en Italia, la *multilocation* o *multibail* en Francia y Bélgica, los *Ferienrechten* en Suiza o el *Mietvertrag* en Alemania. Para mayor detalle, entre los nuestros, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 27 ss.; PAU PEDRON, A., *La multipropiedad en el Derecho comparado*, en RDR, 1984, pp. 36 ss.; BENITO ARENAS, J. A., *Algunas consideraciones sobre la multipropiedad en Derecho comparado*, en RCDI, pp. 493 ss.

¹⁴ Critican antes de la LAT, por las razones que luego se verán en nota y a lo largo de este trabajo, la configuración arrendaticia del *time-sharing* frente a la multipropiedad, en nuestra doctrina: MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 228 a 230; RODRÍGUEZ PÉREZ, J. y DÍAZ-FLORES CALERO, A., *La multipropiedad. Time-sharing*, Madrid, 1992, pp. 77 y 91; ÁLVAREZ ARZA, M., y ALLENDESALAZAR ORMAECHEA, L., *El Time-sharing. Su configuración jurídico-tributaria en España*, Madrid, 1999, pp. 70, 71 y 74; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «*La multipropiedad en la práctica notarial...*», en AC, 1995, II, pp. 407 y 408. En Portugal, lo hace también, MESQUITA, M. H., *Uma nova figura real: O direito de habitação periódica*, en Revista de Direito e Economia, 1982, 1.º, pp. 40 y 41; y, actualmente, en Italia, basándose en la razón aducida por la Directiva, que luego se verá, TASSONI, G., *I diritti a tempo parziale su beni immobili. Un contributo allo studio della multiproprietà*, Padua, 1999, p. 55.

¹⁵ Así lo dice en los Cd.º 2.º y 3.º de su Exp. Motiv., y en sus artículos 1 y 2; y así lo dirá escuetamente nuestra LAT en el párrafo cuarto del ap. I de su Exp. Motiv.

¹⁶ Tales escollos salvados por la LAT son, en esencia, los siguientes:

— Sobre la forma de pago, frente a los artículos 1522, 1558.2 y 1581 CC, el artículo 1.6 LAT, como ya advierte el ap. II, párrafo quinto de su Exp. Motiv., permite el pago del precio, de todas las rentas, por adelantado y de una sola vez, ya que lo esencial en el arrendamiento es el pago de una renta o alquiler como contraprestación al goce de la cosa arrendada (arts. 1543 y 1555.1.º CC), no en sí su forma concreta de satisfacción (art. 1574 CC). A la forma de pago se referirá, precisamente, la propia Directiva en el Cd.º 5.º de su Exp. Motiv., como dificultad para configurar el *timeshare* como arrendamiento. Al no observar, pues, el artículo 1.6 LAT lo que decía la Directiva, SÁNCHEZ-CIA, A. L., *Multipropiedad, timesharing y aprovechamiento por turno. La LAT*, Barcelona, 1999, p. 21, considera que la Directiva no es aplicable al arrendamiento por turno. Parece olvidar, sin embargo, que la LAT sí cobija a dicho arriendo y que, en cualquier caso, lejos incluso de entender por ello vulnerada la Directiva, en ésta sólo se «consideraba» la dificultad de encajar el arriendo en las exigencias prácticas del goce a tiempo compartido, mas sin prohibirla en su articulado

corriente de nuestro legislador por introducir esta fórmula jurídico-personal?

En un principio, la previsión del arriendo por turno dentro del actual artículo 1.6 LAT en los Anteproyecto y Proyecto de LAT tenía como finalidad establecer una válvula de cierre legal, una forma de evitar el incumplimiento de la Ley, su vulneración o fraude¹⁷. Esa sólo fue la razón inicial¹⁸. Hay otra causa definitiva, y más sustantiva, puesta de manifiesto en la gestación de dicho precepto, y que se muestra conforme al régimen general del Derecho de Cosas: la posibilidad de concebir un derecho de aprovechamiento por turno flotante, que por su mera determinabilidad, o relativa indeterminación, objetiva y temporal, sea de suyo intercambiable en el espacio y en el tiempo (arts. 1, aps. 6 y 7, 9-1-2º, disp. adic. 2.ª y DDTT 1.ª 1 y 2.ª 1.º LAT). Y a ese rasgo de la determinabilidad,

(arts. 1 y 2, donde se permite que los Estados miembros establezcan libremente en su propia regulación la naturaleza jurídica de este derecho), porque, como apunta al respecto RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 112, el legislador comunitario era conocedor de la legislación griega y sólo le preocupaban realmente los aspectos precontractuales y contractuales de los negocios jurídicos de goce por turno, mas no la concreta naturaleza jurídica de éste.

— La supuesta menor protección de la configuración arrendaticia por ser obligacional y gozar, por tanto, sólo de una eficacia *inter partes* queda negada por la «realificación» que en su oponibilidad le atribuye convirtiéndola en *erga omnes*, aunque de modo externo y artificioso, su necesaria inscripción registral (arts. 4.3.I, 6.4 *in fine* y disp. trans. 2.ª.2.I LAT).

— La posible menor disponibilidad del derecho arrendaticio (cfr. arts. 1550, 1205 CC, 8 y 32 LAU) queda reemplazada en la LAT por la «libre» disposición del derecho-turno, cualquiera que sea su naturaleza jurídica (aps. 1 a 3 del art. 15 LAT). Por supuesto, la configuración arrendaticia del aprovechamiento por turno plantea algunos problemas, aunque no por ser en concreto arrendaticia, sino más ampliamente por ser de naturaleza obligacional: ¿es hipotecable?; ¿es disponible *mortis causa*? Son cuestiones que, en su lugar, habrán de ser resueltas.

— Tampoco es ya un obstáculo la inviabilidad de un arriendo indefinido o perpetuo, porque aunque en efecto pueda serlo de muy larga duración, de hasta cincuenta años como máximo (arts. 1.6 y 3.1 LAT), la LAT impone la temporalidad en dicho arriendo —en todo derecho de goce por turno—, respetando así uno de sus rasgos esenciales (arts. 1543, 1565, 1569.1.º y 1581 CC). En cambio, acerca del D-L núm. 427 de 9 de noviembre de 1998, CASELLI, G., *La multiproprietà*, Milán, 1999, pp. 3 a 5, dice que no cabe la fórmula arrendaticia porque el artículo 1.a, hace referencia a un precio global y permite una duración perpetua, pues sólo se fija un tope temporal mínimo, de tres años.

¹⁷ El Anteproyecto de LAT, tras decir en los párrafos 16 y 17 del bloque I de su Exp. Motiv., que «la fórmula finalmente adoptada es la de derecho real limitado», y, luego, en los párrafos 4 y 5 del bloque II, que «los derechos de aprovechamiento por turno que se constituyan sin ajustarse a la Ley —debían— someterlos al régimen hotelero», terminaba diciendo: «No obstante, se sujetan a la ley, y no al régimen hotelero, los arrendamientos de temporada que reúnan dos requisitos —expresados en el art. 1.6 LAT—: que se pacten por un cierto número de ellas y que se anticipen las rentas de tres años... Si se anticiparan las rentas de más años, el régimen entonces seguirá siendo hotelero». En sentido similar, el Proyecto de LAT (párrafos 4 y 5 del ap. II de su Exp. Motiv.).

¹⁸ No obstante, muchos actualmente hay que mantienen la idea proyectada de la LAT, creyendo que el molde arrendaticio se contempla con carácter residual, para impedir que pueda eludirse la aplicación de la LAT (MUNAR, P. A., «El derecho real de aprovechamiento por turno...», en *RCDI*, 1998, pp. 1223 y 1224; LATE ACHIRICA, J., «La configuración de la multipropiedad en España: la LAT...», en *AC*, 1999, p. 133; PAU, A.: *Prólogo a la LAT*, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 11 y 12; DÍAZ-AMBRONA, M. D., «Apuntes sobre la multipropiedad», en *RCDI*, 2000, p. 1439).

por principio sólo posible cuando la cosa sólo es objeto, siempre mediato, de los derechos patrimoniales crediticios (cfr., entre otros, los arts. 1096.2 y 1273 CC), responderá la frase final del artículo 1.6 LAT, introducida en su tramitación parlamentaria por iniciativa de CiU fundándose en aquella razón¹⁹.

Tal es la fuerza con la que se introduce el molde arrendaticio en la LAT que queda como alternativa, en pie de igualdad, junto con el aprovechamiento por turno en virtud de derecho real limitado. Ya no se habla del arrendamiento únicamente como opción de carácter residual: la definitiva Exp. Motiv. LAT, a diferencia de la originaria, ya no habla de la configuración única del aprovechamiento por turno, la jurídico-real, frente a la pluralidad de vías existentes antes de ella, sino de dos formas diversas entre sí, la jurídico-real, establecida en virtud de un derecho real menor, y la jurídico-personal arrendaticia (*vid.*, de nuevo, el párrafo 15 del ap. I de su Exp. Motiv.²⁰). Buena prueba de ese auténtico *tandem* es la introducción en el artículo 1.1 LAT, que marca el ámbito de aplicación de la LAT y define el aprovechamiento por turno en general, de una última frase que recuerda la posibilidad del goce por tandas arrendaticio *ex* artículo 1.6 LAT, insistiendo así en que también a él debe aplicarse el nombre de «*aprovechamiento por turno*», la noción en ella contenida, y, por ende, el régimen contenido en la LAT²¹. Y así también

¹⁹ Así se advertía ya en los artículos 4.1 y 5.1.c) B-92 y 6.3.º a).II y 50.1.2.º B-94, sobre derechos de aprovechamiento por turno sin carácter real, o sea, el arrendaticio. Por su parte, la redacción íntegra y definitiva del artículo 1.6 LAT es obra de la enmienda núm. 51 de CiU ante el Congreso, justificándola así: «La enmienda tiene por objeto flexibilizar los regímenes que se constituyan bajo la forma de derecho personal, permitiendo el anticipo de todas las rentas y la posibilidad de que el derecho de aprovechamiento por turno, bajo la forma de arrendamiento, pueda ser configurado como derecho flotante». A ambas razones se refieren también, en la doctrina, para explicar la introducción de la fórmula arrendaticia, negando que el derecho «flotante» —en su turno y en su alojamiento— pueda serlo de naturaleza jurídico-real, pues en tal caso el derecho habrá de ser fijo —temporal y espacialmente—, SÁNCHEZ-CIA, A. L., *op. cit.*, pp. 103 y 108; LORA-TAMAYO, I. (MADRIDEJOS y TENA ARREGUI), *Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Legislación comentada*, Madrid, 2000, pp. 30 y 33. En contra, MUNAR, P. A., *op. cit.* pp. 1223 y 1224, como padre del Anteproyecto, critica tal posibilidad por ser fraudulenta y abusiva, olvidando que la posibilidad de intercambio siempre ha existido, inclusive como pacto adicional a la multipropiedad, siendo además uno de los aspectos más atractivos de esta figura vacacional. Por su parte, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 115 y 116, considera que el período flotante es posible, *natura sua*, en todo derecho-turno, cualquiera que sea su naturaleza, siendo el alojamiento determinable la única singularidad propia del de naturaleza personal.

²⁰ Este párrafo, sustituto de los anteriormente reproducidos en una nota anterior, fue introducido con éxito por la enmienda 36 de CiU ante el Congreso en coherencia con la modificación del artículo 1.6 LAT hecha en su enmienda 51, a la que luego aludiremos.

²¹ Un párrafo final introducido en el artículo 1.1 LAT por la enmienda 47 de CiU ante el Congreso, justificándola para así «determinar el ámbito de aplicación objetiva del Proyecto de Ley, en consonancia con el contenido de las enmiendas —núms. 36, 41 y 51— planteadas al artículo 1 —ap.— 6— del mismo». Pone, asimismo, de manifiesto la frase de cierre del artículo 1.1 LAT que la propia denominación de «*aprovechamiento por turno*», como ya venía siendo empleada en el B-91 y B-94 y en la normativa autonómica sobre Turismo y aloja-

lo demuestra tanto la omisión en la definitiva LAT de la referencia a la naturaleza «real» del aprovechamiento por turno, expresión empleada en un principio por los Anteproyecto y Proyecto LAT en algunos de sus preceptos (arts. 14.1 y 16 LAT), como la inclusión de la expresión «*naturaleza real o personal del derecho*» introducida en otras normas (arts. 1.7, 8.2.b, 9.1.2.º, 15.3 LAT²²), y el sometimiento tributario de ambas formas de aprovechamiento por turno a idénticas normas para así no discriminar negativamente la fórmula jurídico-real (ap. V de la Exp. Motiv. y arts. 17 a 20 LAT). Por eso, aunque a veces aún se emplee aisladamente la expresión «*real*» (v. gr., arts. 1.4.III y 15.2 LAT), no es más que por descuido del legislador, el vestigio de la primigenia redacción de la LAT.

¿Acaso habrá que concluir por ello que, a pesar de la dualidad de posibles configuraciones del goce por turno, hay unidad de régimen legal y que, por ende, aquélla queda como simbólica o estéril²³? ¿Acaso queda mitigada, o si se apura eliminada, en la LAT la clásica distinción entre derechos reales y derechos de crédito? Ni lo uno, ni lo otro. No es más que el resurgimiento, tal vez más acentuado, de la confrontación entre el usufructo y el arrendamiento²⁴. Y es que la naturaleza jurídica de los derechos tiene su importancia; tanta que la naturaleza jurídico-obligacional del derecho-turno establecido a través de arrendamiento es —como se ha visto— la que ha justificado su inclusión en la LAT (art. 1.6 LAT *in fine*), y, además —como se

mientos turísticos —prácticamente, toda la citada *supra* en una nota anterior—, sigue constituyendo un *nomen* amplio, independiente de su naturaleza, real o personal (*versus* art. 251, reglas 4.ª y 9.ª LEC). De ahí que la propia LAT en su Exp. Motiv., tras referirse a la prohibición del término «multipropiedad», o simplemente «propiedad», y a la equivocidad de la expresión «tiempo compartido» como traducción literal de *time-sharing*, considere «*preferible la expresión derecho de aprovechamiento por turno —dice— porque es menos comprometida, en el sentido de ser una expresión más genérica y más descriptiva*». ¡Y tanto!, pues sirve para abarcar las dos modalidades que en ella se regulan; lo que no supone, por supuesto, un posible engaño para el adquirente, ya que el dueño-promotor, aun cuando utilice la expresión de aprovechamiento por turno, habrá siempre de precisar, tanto en la oferta como en el contrato que llegue a celebrar, su naturaleza real o personal [arts. 1.4.II, 8.2.b) y 9.1.2.º LAT], pues de lo contrario, el adquirente podrá resolver el contrato *ex* artículo 10 LAT.

²² Los artículos 8.2.b) y 9.1.2.º LAT fueron modificados a iniciativa de las enmiendas 104 y 105 del PSOE y 162 y 163 de Coalición Canaria, todas ellas ante el Congreso, justificando tales modificaciones «por coherencia con la enmienda al artículo 1 y, además, —por— tener en cuenta que este derecho admite diversas formas de configuración y no sólo como derecho real», esto es, «como consecuencia de que el derecho puede ser tanto real como personal».

²³ Así lo creen, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 1222 a 1224; CABELLO DE LOS COBOS, L. M., «*El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*», en BIMJ, 1999, p. 398; VILALTA, A. E., y MÉNDEZ, R. M., *Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles*, Barcelona, 1999, p. 7; y COSTAS, L., *op. cit.*, p. 183.

²⁴ Así lo advierte hace tiempo, DE MARTINI, D., *Proprietà e disponibilità dei beni negli investimenti comuni, nel leasing, nella multiproprietà*, Padua, 1988, pp. 224 y 225. Entre nosotros, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., «*El derecho de uso de bienes inmuebles...*», en RCDI, 1998, p. 1838, se limita a decir que el arriendo por turno conserva su naturaleza personal, sin convertirse en derecho real, aunque se someta a la LAT.

verá-, la que funciona como límite en la aplicación de la LAT, como así lo expresa en su Exp. Motiv., cuando se advierte que a esta modalidad de goce por turno «*resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley –la LAT– en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica*» (v. gr., arts. 6.1.III y 14.1.II LAT). Por esto mismo –como veremos en este trabajo, y ahora extractado en nota a pie de página–, en lo que hay de comunidad o unidad legal, la LAT se aplicará con distinta repercusión según la naturaleza real o personal del derecho de aprovechamiento por turno al que afecte ²⁵.

CAPÍTULO PRIMERO

CALIFICACIÓN Y FUENTES REGULADORAS DEL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO

I. EL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO COMO ESPECIE *SUI GENERIS* DE HOSPEDAJE

A la vista del artículo 1.6 LAT y de otros muchos preceptos que lo complementan, puede colegirse que el de la LAT es un arriendo de servicios y de alojamiento turístico comprendido en un comple-

²⁵ Así, por ejemplo, ello se observa en la diversa eficacia del derecho-turno –absoluta *natura sua* en la jurídico-real, aunque viabilizada frente al tercero de buena fe por su necesaria publicidad registral, *versus* relativa en la personal, sólo mutada en *erga omnes* mediante su obligada inscripción registral (art. 4.3.I LAT)–, o en su régimen limitativo: lo que para el arrendador y el arrendatario son obligaciones personales o *stricto sensu*, para el promotor-nudo propietario y para el titular del goce por turno real son límites naturales o deberes *propter rem* [arts. 1, aps. 1 y 4.IV, 4.1.c), 5.1, números 4.º y 7.º, 8.2.f) y h), 9.1.5.º, 13 y 16 LAT], con lo que ello supone (su ambulatoriedad en su –plena ex art. 15.1 LAL– cesión, siempre con el derecho real del que forma parte integrante; su exigibilidad absoluta o *erga omnes* –frente a los terceros adquirentes del inmueble o del derecho de goce por turnos–; y las peculiaridades en su exoneración y extinción mediante la renuncia del derecho-turno). Otra diferencia, entre otras muchas que se verán, del aprovechamiento por turno según su *natura iuris*: aunque en virtud del artículo 15.1 LAT el goce por turno, jurídico-real o personal, sea «libremente» disponible, tampoco debe olvidarse que el arrendamiento, frente al aprovechamiento por turno jurídico-real, resulta por comparación menos disponible *natura sua*: así, por ejemplo, dejando al margen viejas polémicas, es discutible que de suyo sea disponible *mortis causa* y no parece que sea posible la hipoteca del goce por turnos si es arrendatario por ser derecho personal. El arrendatario por turno sólo podrá, pues, ceder o subarrendar, en todo o en parte, su derecho, sus turnos. Asimismo, en el posible régimen legal supletorio de una y otra fórmula de goce por turno resurgirán las diferencias: mientras que la arrendaticia se somete a la LAU –así lo dice el propio art. 1.6 LAT– y, por ende, subsidiariamente al CC sobre obligaciones y contratos en general, y sobre arriendos de cosas y de fincas urbanas, en particular; al molde jurídico-real probablemente se le apliquen, por analogía y en lo que resulte compatible con la LAT, las normas del CC sobre usufructo. Sobre esto último, relativo al usufructo, puede verse nuestro trabajo «*Multipropiedad: constitución e inscripción en el nuevo régimen de aprovechamiento por turno*», en AC, 1999, pp. 1453 a 1456; se sigue, en gran parte, esta misma línea en Ruiz-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 70 a 83.

jo inmobiliario, adscrito al fin vacacional, retribuable anticipadamente, cuyo goce, cedido profesionalmente –por empresario turístico–, se distribuye por turnos, de una semana al año –de siete días consecutivos por temporada anual– como mínimo, y durante un período de tres a cincuenta años o temporadas anuales.

Prima facie, conforme a esta definición, la calificación del arriendo de la LAT como arrendamiento urbano para uso distinto al de vivienda (*ex art. 3.1 LAU*), y, más concretamente, como arrendamiento por temporada para vacaciones (*ex arts. 1.6 LAT y 3.2 LAU*), es evidente²⁶. Pero es más aparente que real. En verdad, el arriendo de la LAT no deja de ser un arrendamiento *sui generis* en el que se atenúan, para a veces desaparecer, las diferencias objetiva y finalistas que existen entre las dos clases de arriendos urbanos (arts. 1, 2 y 3 LAU). Ya la propia LAT, al referirse en su Exp. Motiv, al artículo 1.6 LAT, habla de la «*configuración del derecho como una variante del arrendamiento por temporada*»²⁷. ¡Y tanto!, es que el arrendamiento de la LAT presenta rasgos que lo acercan más, a modo de caso particular, al contrato de hospedaje; amén del turno generalmente breve, contratado *ab initio* sin necesidad de reserva (cfr. aps. 1 y 6 del art. 1 LAT), el goce por turno personal presenta un contenido complejo que denota su diferencia del arriendo urbano: en él no sólo se alquila un inmueble estrictamente habitable y amueblado (llamado alojamiento). También se compromete el arrendador a prestar, por sí o a través de intermediario, una serie de servicios complementarios al alojamiento y sus anexos, que pueden ser de muy diversa índole, propios de la actividad hotelera o turística, y que son retribuíbles anualmente al margen del pago de la renta *stricto sensu* (cfr., entre otros que se verán, los arts. 1.1 y 9.1.5.º LAT). Por eso, en el arriendo de la LAT, no sólo hay un arrendamiento de cosa, sino también, y tan esencial como aquél, un arriendo de servicios, fusionándose ambos en un único y mismo contrato mixto o complejo arrendaticio, sin ser la mera unión o yuxtaposición de ambos. Esto conduce a calificar al arrendamiento de la LAT

²⁶ Esta calificación, sin embargo, obedece más que a la propia LAT, en su expresa remisión a la LAU, a la modificación conceptual y clasificatoria experimentada en la vigente LAU, y más particularmente a la inclusión *ex novo* del arrendamiento por temporadas en general, sea o no vacacional, en el ámbito de aplicación de la LAU a través de la amplísima categoría del arrendamiento urbano distinto al de vivienda (arts. 1 a 3 LAU-1994 *versus* arts. 1.1, 2 y 5.2 LAU-1964. Y ello, por supuesto, aunque, como dice RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 113, el legislador de 1994 no estuviese pensando en el arriendo de la futura LAT.

²⁷ En la doctrina, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 48, habla de un «extraño» arrendamiento por temporada.

como especie de hospedaje, más que como mera variante de arriendo urbano por temporada²⁸.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA LAT: ARRIENDOS INCLUIDOS, EXCLUIDOS Y PROHIBIDOS

Siendo el que se somete a la LAT un arriendo-hospedaje de alojamiento turístico cuyo goce es cedido profesionalmente –por empresario turístico–, se distribuye por turnos y se afecta a un fin vacacional, quedan excluidos del ámbito normativo de la LAT no sólo los demás tipos de explotaciones turísticas diversas del aprovechamiento por turno jurídico-real o arrendaticio de la LAT (*v. gr.*, el común hospedaje), los cuales se someterán a su propia normativa hotelera correspondiente, sino también los arrendamientos por temporada que, aun siendo de ocio o vacacional, no se comercialicen profesionalmente, ni recaigan sobre un alojamiento turístico; éstos se sujetarán, en principio, a la LAU *ex* artículos 3.2 y 4, aps. 1 y 3 LAU, y al CC en su caso²⁹. No les alcanza, por tanto, la nulidad y la consiguiente indemnización impuestas en el artículo 1.7 LAT³⁰

²⁸ Así lo advirtió hace tiempo la doctrina italiana, destacando como pionero ALPA, G., *La multiproprietà. Aspetti giuridici delle proprietà turnaria o della proprietà turistico-alberghiera*, Bologna, 1989. Sobre los rasgos propios del hospedaje en general –cesión de habitación amueblada con servicios adicionales de muy diversa índole– y distintivos frente al simple arriendo de cosas, *vid.*, por todos, PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Madrid, 1930, pp. 85 a 88; y acerca de la calificación del hospedaje en general –que siempre ha sido atípico– como contrato mixto o complejo, *vid.*, pp. 104 ss. del propio PÉREZ SERRANO; y FUBINI, R. en sus trabajos, *El contrato de arrendamiento de cosas*, trad. RDP, Madrid, 1930, pp. 29 ss.; y «Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)», en *RDP*, 1931(-1933), pp. 5 y 8.

²⁹ Como sucintamente dice MADRIDEJOS, A. (y otros), *op. cit.*, p. 413, la LAT «debe entenderse referida, objetivamente, a inmuebles destinados a vivienda de uso turístico o alojamiento y, subjetivamente, a contratos celebrados en el marco de la actividad profesional del transmitente». Así también, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 3, nota (8).

³⁰ Este precepto, desde su gestación hasta su redacción definitiva, ha experimentado un endurecimiento. En el Anteproyecto de LAT la consecuencia prevista para los casos en que se crease o cedieran derechos al margen de la ley era, decía en su artículo 1.7, su sujeción a «las disposiciones vigentes en materia de establecimientos hoteleros». Y lo justificaba así, en el párrafo 4 del bloque II de su Exp. Motiv.: «La solución adoptada es la de someterlos al régimen hotelero, donde las autoridades administrativas tienen un fuerte poder de intervención para garantizar la prestación de los servicios». Ya, luego, el Proyecto de LAT permitirá en su artículo 1.7 LAT ante el fraude legal, que el adquirente opte por someter el contrato a la LAT o por resolverlo con la consecuencia del actual artículo 1.7 LAT. El culmen del rigor, del endurecimiento de la sanción se producirá finalmente con el actual artículo 1.7 LAT, que RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 131 ss., considera desmesurado, porque si su razón es el interés –dice– privado, la protección del adquirente en cuanto consumidor y parte contractual más débil, la consecuencia debiera haber sido –y así cree que debe interpretarse el art. 1.7 LAT– la anulabilidad, con todo lo que ello supone frente a la nulidad.

(cfr., art. 6.3 CC, los párrafos cuarto y quinto del ap. II de la Exp. Motiv. —aunque en él se hable del art. 6.4 CC—, el art. 1.6 y la disp. trans. 1.^a, todos ellos de la LAT).

A pesar del rigor del artículo 1.7 LAT, se deja conscientemente una puerta abierta: en cuanto al dato temporal que define esta figura y marca el ámbito de la LAT, el artículo 1.6 LAT somete a ella los arrendamientos contratados por más de tres temporadas y el artículo 1.7 LAT se refiere, como supuestos fraudulentos, a los derechos creados o cedidos por más de tres años al margen de la LAT; ambos preceptos muestran cierta coherencia con el límite temporal mínimo en la duración del régimen de aprovechamiento por turno, y de cada contrato, con los tres años a que se refiere el artículo 3.1 LAT. Así, pues, quedan válidamente fuera de la LAT, por «escapar» de los artículos 1, aps. 6 y 7, y 3.1 LAT, los arriendos-hospedaje por temporada vacacional recayentes sobre alojamientos turísticos y prestados profesionalmente de duración inferior a tres años, los cuales se someterán al régimen de la LAU —en lo que sea aplicable— sobre arriendos diversos al de vivienda (*ex arts. 3 y 4 LAU*) y, en su caso, a la normativa hotelera correspondiente en tanto sean cedidos por un empresario hotelero y versen sobre un alojamiento turístico³¹. Por el contrario, los arrendamientos-hospedaje por temporada con fin vacacional de alojamiento turístico cedidos profesionalmente por tres o más años habrán de someterse a la LAT, de modo que si vulneran algunas de las condiciones impuestas por el artículo 1.6 LAT, o algunas de las demás exigencias contenidas en la LAT, serán nulos *ex artículo 1.7 LAT*³².

Por eso, no parece que pueda admitirse como válido un arriendo por turno turístico establecido por tiempo superior a cincuenta años, infringiendo así el tope legal máximo impuesto por el artículo 3.1 LAT para el régimen en general y por el artículo 1.6 LAT para el aprovechamiento arrendaticio en particular. Cierto que dicha hipótesis escapa, por exceso, del límite legal de ambos preceptos, pero lo hace fraudulentamente, pues entraría en el ámbito normativo del artículo 1.7 LAT, que al referirse sólo al tope legal mínimo de tiem-

³¹ Precisamente, frente a la redacción primigenia del artículo 1.7 en el Anteproyecto y en el Proyecto LAT que hablaba de «el contrato por virtud del cual se constituya o transfiera cualquier otro derecho, real o personal», la enmienda 26 del PP ante el Congreso propuso, con aceptación, introducir «por tiempo superior a tres años», por cuanto ello «supone una mejora técnica al excluir aquellas fórmulas de vacaciones por tiempos inferiores a dicha duración, en consonancia con el artículo 3 del Proyecto relativo a la duración mínima del régimen»; una justificación que, a la vista del vigente artículo 1.7 LAT, es actualmente sostenible por convincente.

³² Así sucedería, por ejemplo, si se acuerda un arriendo sin anticipar el pago de ningún turno adquirido, sin fijar su duración o sus turnos o por período indeterminado, ...; supuestos estos, y otros, indicados por RUIZ-RICO, J. M., *op. cit.*, pp. 4 y 5; PAU, A., *op. cit.*, p. 12; MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 73; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 157 y 158.

po para describir el supuesto prohibido, por debajo del cual no hay elusión ilícita de ley alguna, comprende cualquier otro derecho, real o personal, de tres o más años que se haya constituido o transmitido sin ajustarse a la LAT; lo que convertiría a aquel caso en *contra legem* por no observar el límite legal de duración máxima de cincuenta años (arts. 1.6 y 3.1 LAT)³³. La consecuencia, por tanto, ante esta hipótesis no sería la permisón y su sometimiento a la LAU, ni siquiera su sujeción a la LAT, con la consiguiente reducción en su duración a los cincuenta años, siendo entonces sólo parcialmente nulo el exceso temporal. La sanción será la nulidad absoluta –de todo el régimen o el contrato– y de resarcimiento impuesta por el artículo 1.7 LAT por ser éste un precepto que, como dice la LAT en el párrafo cuarto del ap. II de su Exp. Motiv., sanciona del mismo modo el acto *contra legem* y el acto *in fraudem legis*³⁴.

III. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO

1. Límite de la LAT en su aplicación al goce por turno arrendaticio, y elenco de normas que, junto con la LAT, le resultan en principio aplicables

«Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada –dice el art. 1.6 LAT– quedarán sujetos a lo

³³ La razón de esta diferencia, según la inobservancia de los límites temporales legales sea por defecto o por exceso, amén de obedecer a que la Directiva de 1994 sólo exija una duración mínima de tres años (art. 2), tal vez resida en la inocuidad de un derecho arrendaticio que por ser de duración inferior a tres años no se someta a la LAT, y, sobre todo, como parece desprenderse de la propia Exp. Motiv. LAT (párrafo último de su ap. II), en que una duración de cincuenta años es bastante limitación temporal para el dominio –para que el goce por turno no se convierta en una carga cuasiperpetua– y más que tiempo suficiente para colmar las aspiraciones de disfrute vacacional de cualquiera, siendo, además, difícil que por un tiempo mayor quede asegurada *ab initio* la prestación satisfactoria de este producto turístico con todas las exigencias –especialmente las de conservación y servicios complementarios al alojamiento– que impone la LAT.

³⁴ Así lo creen también, COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 157, 158, 428 y 429; y GARCÍA ALGUACIL, J. M., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 150. En contra, la casi unanimidad de la doctrina considera que si el plazo acordado para el arrendamiento por turno vacacional supera el máximo legal de los artículos 1.6 y 3.1 LAT, la consecuencia será la no aplicabilidad de la LAT y su sometimiento a la LAU. Así, LETE ACHIRICA, J., *op. cit.*, p. 108; SÁNCHEZ-CIA, A. L., *op. cit.*, pp. 103, 104 y 108; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, pp. 1841 y 1842; PAU, A., «El nuevo derecho real de aprovechamiento por turno...», en *La Ley*, 1997, p. 2093, quien, sin embargo, en su prólogo a la LAT ed. Tecnos (p. 12, con nota 4) –y siguiéndole, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 73 y 74–, aunque mantiene que aquel supuesto no encaja en el artículo 1.7 LAT, porque su expresión «cualquier otro derecho» hace referencia a un derecho diverso del goce por turno jurídico-real o arrendaticio, considera que hay que aplicar, *ex artículo 6.4 CC*, la Ley defraudada: la LAT.

dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Arrendamientos Urbanos». Ante todo, pues, le serán aplicables las normas de la LAT –pero, eso sí– «*en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica*», esto es, su naturaleza crediticia u obligacional, como así advierte la propia LAT en su Exp. Motiv.³⁵ Por otra parte, tratándose el arriendo por turnos de un arrendamiento urbano para uso distinto al de vivienda encajable en el arriendo por temporada, habrá de someterse en principio –sólo en principio– a las normas contenidas para estos arriendos en la LAU (aps. 1 y 2 del art. 3 y aps. 1 y 3 del art. 4 LAU, *versus* art. 2 LAU-1946 y 1964, que excluían de su ámbito normativo a los arrendamientos por temporada para someterlos al CC). Pero también, *ex* artículo 4.3 CC –o, si se quiere, *ex* art. 4.3 LAU³⁶–, habrá de tenerse en cuenta el CC, al que a veces la LAT parece remitirse por su referencia al régimen común (*v. gr.*, arts. 1.4.IV y 15 LAT). Además, dado el complejo contenido que presenta el goce por turno arrendaticio –arriendo de cosa (alojamiento amueblado) y de servicios complementarios–, por ser una especie de hospedaje, habrá que acudir, en principio, a las normas del CC que regulan el arrendamiento de cosa, en general, el de fincas urbanas, en particular, y a sus pocas normas que regulan el arriendo de servicios propios del hospedaje (*v. gr.*, arts. 1783, 1784, 1922.5.º y 1967.4.º CC)³⁷.

Igualmente hay otras normas que, también en principio, pueden resultar aplicables al arrendamiento por turno. Así, por ejemplo, como desarrollo de la disp. adic. 2.ª LAU, el RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los

³⁵ Este límite –como se verá en lugar oportuno– se traduce a veces, las menos, en la propia inaplicabilidad de alguna norma de la LAT al goce periódico arrendaticio por ser *contra naturam iuris* (*vgr.*, arts. 6.1.III y 14.1.II LAT), y en otras ocasiones, la mayoría, se manifiesta en la singularidad que para el régimen común arrendaticio o de la hospedería supone la aplicación de la LAT. Y no por casualidad muchas de esas singularidades de régimen del goce por turno arrendaticio son –como ya vimos en el epígrafe II de la Introducción– el remedio a las desventajas que antes de la LAT se le achacaban a la configuración del *Time-sharing* como arrendamiento frente a la más ventajosa de la multipropiedad.

³⁶ Además, como de todos es harto sabido, la vigente LAU no ha alejado del todo al arrendamiento por temporada del régimen común; primero, porque, aunque como fuente supletoria de último grado, para cuando no haya acuerdo, ni disposición en el Título III LAU aplicable, estos arriendos habrán también de regirse por lo establecido en el CC no sólo sobre arriendos, sino también sobre obligaciones y contratos en general (art. 4.3 CC); y, segundo, sobre todo, porque el régimen de la LAU para los arrendamientos de uso diverso al de vivienda es, prácticamente, el común del CC, ya sin los refuerzos *pro* arrendatario de las anteriores leyes especiales.

³⁷ Por eso no es irrelevante la calificación del arriendo de la LAT como especie *sui generis* de hospedaje, como contrato mixto o complejo de arrendamiento de cosa y de servicios; porque aunque tipificado en este ámbito turístico de consumo, aunque cuente con una regulación legal específica (la LAT), aquella calificación tendrá su repercusión por lo que afecta al régimen legal supletorio –y complementador– que le resultará aplicable –sea por combinación, por absorción o por analogía–.

contratos de arrendamientos urbanos, dentro de cuyo ámbito normativo entra innegablemente el arriendo turístico por tandas *ex* artículos 1.6 LAT, 3 LAU y artículo 1 RD citado. Por otra parte, siendo el arriendo por turno por esencia turístico o vacacional, como cualquier hospedaje, habrá de ajustarse a la normativa, estatal y autonómica, en su caso, sobre Turismo en general, sobre establecimientos hoteleros y sobre arrendamientos turísticos en concreto. Reseñables al respecto son el RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales (arts. 1, aps. 1 y 2 LAT, 1.1.º y 17 RD citado), y, en lo que no se oponga a éste, la Orden de 17 de enero de 1967, modificada por las Órdenes de 12 de febrero de 1972 y de 14 de marzo de 1975, sobre Ordenación de apartamentos, *bungalows* y otros alojamientos de carácter turístico.

De igual forma, siendo inspiración constante de la LAT la tutela del adquirente del derecho-turno en cuanto usuario, también en principio hay que aplicar: en general, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (art. 2, disp. adic. 1.ª LAT, arts. 2.3, 10 bis. 10.ª y 14.ª, y disp. adic. 1.ª II.9.ª LGDCyU), y, en particular, el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos (arts. 8, aps. 3 y 4 sobre todo, y art. 9.3.III LAT y arts. 1, 4 y 10 RD³⁸), y el RD 636/1993, de 3 de mayo, sobre Sistema Arbitral de Consumo (cfr., art. 2.2 LAT *versus* art. 39.5 LAU –ya derogado, con todo el Título V LAU, por la nueva LEC–³⁹).

2. Orden jerárquico de fuentes: la preferencia de la LAT, su incidencia en la autonomía de la voluntad, y la práctica inaplicabilidad de la LAU al arriendo por turno

En el concurso de toda la amalgama de normas indicadas puede surgir, no obstante, un problema: ¿qué sucederá en caso de conflicto entre la LAT y cualquiera de esas otras normas? O lo que es

³⁸ Adviértase, no obstante, que siendo ese RD de 1989, se está refiriendo a la LAU-1964, cuando por entonces, *ex* artículo 2.1 LAU-1964, los arrendamientos por temporada estaban excluidos de su ámbito normativo de aplicación.

³⁹ Adviértase, no obstante, que, aunque el artículo 2.2 LAT prevea dos hipótesis en que puede operar el arbitraje, el hecho de que la LAT sea casi enteramente imperativa (cfr., sobre todo, arts. 1.7, 2.1, 5.1.5.º y 6.1 LAT), casi convierte en humo el inciso final de aquel precepto [cfr., los prácticamente idénticos arts. 2.1.b) Ley de Arbitraje y 2.2 RD sobre arbitraje de consumo].

igual, ¿qué lugar ocupa entre todas esas normas la LAT, especialmente en su coexistencia con la LAU?

Ningún problema debe haber si la confrontación existe entre la LAT y una norma reglamentaria: prevalecerá aquella sobre ésta, por su prioridad jerárquica como fuente legal del Derecho (art. 1.2 CC). En cualquier caso, siendo la LAT norma estrictamente civil, su coexistencia con las normas reglamentarias citadas en el ámbito de consumo y del turismo, que son en su mayoría de alcance eminentemente administrativo, será pacífica (*vid.*, el ap. IV de la Exp. Motiv. LAT)⁴⁰.

En cuanto a la «convivencia» que, según parece *ex artículo* 1.6 LAT⁴¹, debe existir entre la LAT y la LAU, no parece, en principio, que aquella deba prevalecer sobre ésta, o sobre cualquier otra ley, sólo por ser norma posterior en el tiempo⁴²; porque no hay aquí incompatibilidad de normas de igual ámbito de aplicación. Es, en cambio, el criterio de la especialidad *ratione materiae* el que soluciona el posible problema de colisión entre LAT y LAU⁴³. Ambas

⁴⁰ Refiriéndose en concreto al arriendo de la LAT, señalan como posible su sujeción al RD 2877/1982, de 15 de octubre, TORRES SÁNCHEZ, A. M., «Extracto sobre la multipropiedad y su anteproyecto», en *RCDI*, 1997, pp. 2101 ss.; RUIZ-RICO, J. M., *op. cit.*, p. 5; y COSTAS, L., *op. cit.*, p. 431, nota (601). Por su parte, PAU, A., *op. cit.*, p. 2093 –y siguiéndole MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., «Derechos de aprovechamiento por turno», en *RJN*, 1999, p. 172–, se limita a recordar la problemática que ya sobre el arriendo por temporada en general existe, mencionando en particular la opinión de DE PABLO CONTRERAS, P., *El nuevo arrendamiento urbano...*, Dir. A. Pau Pedrón, Madrid, 1996, pp. 6 y 7, para quien dicho RD debe entenderse derogado por la LAU en su aplicación a los arriendos por temporada. Ya antes de la LAT los artículos 63 B-91 y 51 B-94, sobre aprovechamiento por turno sin carácter real (en verdad, el arrendaticio), establecían su sometimiento a la normativa turística. En efecto –como veremos a lo largo de este trabajo–, son muy ocasionales los casos en que la norma turística o de consumo es inaplicable; así sucede, como casi único ejemplo, con el artículo 16 RD 1989, que deja libertad a las partes para fijar la duración del arriendo (*versus arts.* 1.6 y 3.1 LAT). Pero la mayoría de las veces, en las demás –como se verá–, la aplicabilidad de aquellas normas de turismo y de consumo es plena no sólo por la compatibilidad entre ellas y la LAT –como así lo advierte ésta en el ap. IV de su Exp. Motiv.–, sino porque además sirven para colmar lagunas que, sobre cuestiones no estrictamente civiles, presenta intencionadamente la LAT.

⁴¹ Y es que la principal duda la plantea el propio artículo 1.6 LAT por el modo en que expresamente se refiere a la LAU, porque, conforme a la calificación legal, en aquella norma contenida, del arriendo por turno como arrendamiento por temporada (art. 3.2 LAU), no parecería necesaria una remisión tan explícita a la LAU o, ¿acaso quería advertir el legislador que ambas leyes, LAT y LAU, habían de coordinarse para conformar el régimen legal aplicable al aprovechamiento por turno arrendaticio? ¿Qué significa ese «sin perjuicio» de la LAU? A la vista de esa mención, respetuosa, de la LAU, ¿acaso es la LAU un límite en la aplicación de la LAT al arriendo por turno turístico? En absoluto; así lo veremos en este epígrafe.

⁴² En cambio, es uno de los argumentos de FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, p. 1844, para defender la preferencia de la LAT sobre la LAU, el del principio de la temporalidad *ex artículo* 2.2 CC: «*lex posterior derogat anterior*», dice.

⁴³ Cree FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, *loc. cit.*, que la preferencia de la LAT sobre la LAU se resuelve por el principio de especialidad: «*lex specialis derogat lege generali*» (sic).

leyes, la LAT y, aun en parte, la LAU, son en principio leyes especiales frente al régimen común contenido en el CC sobre arriendos de cosas y de fincas urbanas⁴⁴. Pero el que dos leyes sean especiales no impide que entre ellas la más específica de la materia concretamente regulada adquiera la preferencia propia de la especial frente a la más común, o menos especial, por su materia. En nuestro caso, la más general o menos especial sería la LAU: regula, como género, los arrendamientos urbanos, y distingue dos especies: los arrendamientos urbanos de vivienda y los arrendamientos urbanos para uso diverso al de vivienda, e incluye como subespecie, o mero ejemplo, dentro de estos últimos, de este cajón de sastre, al arrendamiento por temporada en general, sea o no vacacional. Por su parte, la LAT concreta aún más, delimita conceptualmente y en su régimen esta subespecie circunscribiéndola al arrendamiento por turno con fin vacacional de alojamiento turístico prestado profesionalmente. De ahí que la LAT sea norma de aplicación preferente a la LAU, por la especialidad de su materia.

Así las cosas, el régimen legal aplicable al arriendo por turno vacacional vendrá dado, *ex* artículos 1.6 LAT, 4, aps. 1 y 3 LAU, y 4.3 CC, por el siguiente orden jerárquico de fuentes, en tanto no contradiga –recuérdese lo dicho– la naturaleza obligacional del goce por turno arrendaticio: la LAT; en su defecto, y en tanto sirva para complementar a la LAT sin contradecirla, los Títulos I y IV LAU, que son en su integridad –supuestamente– imperativos (art. 4.1 LAU); la voluntad de las partes; el Título III LAU; y, como última fuente supletoria, el propio CC, no sólo sobre arriendos de cosas, en general, y de fincas urbanas, en particular, sino también sobre hospedaje⁴⁵.

⁴⁴ El régimen contenido en la LAU sobre arrendamientos urbanos diversos al de vivienda, dejando al margen supuestas especialidades (cfr., entre otros, arts. 21 LAU y 1554.2.º, 1558, 1559, 1561 a 1564 y 1580 CC; arts. 27 y 35 LAU y 1124 CC; arts. 29 LAU, 1549 y 1571 CC; arts. 37 LAU y 1278 ss. CC), presenta innegables singularidades en algunos de sus preceptos (cfr., sobre todo, arts. 19 y 22 LAU, a los que se remite el art. 30 LAU sobre elevación de la renta por mejoras; art. 31 LAU, en su remisión al art. 25 LAU sobre derechos de adquisición preferente; arts. 32 y 33 LAU, sobre cesión y subrogación *mortis causa*; art. 34 LAU, sobre indemnización por clientela; y art. 36 LAU, sobre fianza arrendaticia). Y también la LAT establece reglas específicas y modificativas de las contenidas en el CC sobre arrendamiento (art. 4.3 LAT *versus* art. 1571 CC; arts. 1.6 y 11 LAT *vs* art. 1574 CC; arts. 2.1, 4, aps. 1 y 2, 5.1.4.º y 16 LAT *vs* art. 1580 CC; arts. 1.6 y 3.1 LAT *vs* art. 1581 CC).

⁴⁵ Así lo dijimos ya en AC, 1999, p. 1450; y así también, sin fundamentarlo, el resto de la *communis opinio*. También en Grecia el CC griego se convierte en fuente legal supletoria del multiinquilinato, máxime cuando la Ley especial de *Timeshare* que lo regula, la núm. 1652 de 14 de octubre de 1986, es muy escueta –compuesta de sólo 9 arts.– y más administrativa que civil, al contrario de la nuestra. En nuestro caso, el orden jerárquico de fuentes indicado en texto supondrá: primero, que en el caso de discrepancia o contradicción entre la LAT y el CC, o entre aquella y la LAU, cualquiera que sea el Título –imperativo o dispositivo– de ésta en que la norma se ubique, se aplicará exclusivamente por la preferencia

Esto tiene especial incidencia por lo que concierne al juego de la autonomía de la voluntad, porque tratándose del arriendo de la LAT, la operatividad de aquélla, reconocida en el artículo 4.3 LAU⁴⁶, sólo será posible en lo que la LAU o el CC, en su caso, sirva de complemento a la LAT o, a modo de integración, para colmar lagunas que pudiera presentar la LAT. Por el contrario, dado que la LAT es ley especial e imperativa, no habrá margen de actuación para la libertad de pactos cuando haya convergencia entre ella y la LAU, o el CC en su caso: bien porque entre ambas exista coincidencia de contenido normativo, en cuyo caso la materia es indisponible por el carácter cogente de la LAT, que prevalece por su especialidad frente al alcance dispositivo de la LAU; bien porque, aunque refiriéndose ambas a materias idénticas, en su regulación diverjan, en cuyo caso primará, por su

que le confiere su especialidad la norma de la LAT (*v. gr.*, entre otros, art. 1.1 LAT *versus* art. 23 LAU; art. 15 LAT *vs* art. 32 LAU; art. 3.2 LAT *vs* art. 34 LAU; arts. 4.3 y 9 LAT *vs* art. 37 LAU; art. 2.2 LAT *vs* art. 39.5 LAU –ya derogado–; art. 5 LAT *vs* arts. 3 y 4 RD 297/1996; arts. 6.2 y 14.1 LAT *vs* art. 6 RD; etc.); segundo, que habiendo coincidencia o coordinación, será también aplicable la LAT, pudiendo incluso complementarla el CC y la LAU; y, tercero, que la normativa que la LAU, o en su caso el CC, contenga sin expresión en la LAT, complementará el régimen de arrendamiento por turno en tanto sea compatible con la peculiar situación y con los requisitos del arriendo-hospedaje por turnos. Es en este último caso cuando la LAU, o el CC en su caso, funcionará como fuente supletoria o subsidiaria de la LAT, para así completarla o heterointegrarla. Ya en la tramitación parlamentaria de la LAT, la enmienda 151 de Coalición Canaria ante el Congreso propuso la introducción de un nuevo párrafo en el artículo 1.6, que dijera: «La LAU será de aplicación supletoria para los contratos de arrendamiento a que se refiere el presente artículo»; y se justificaba dicha propuesta del siguiente modo: «Se considera conveniente que la LAU tenga una aplicación supletoria, evitando así posibles situaciones de contradicción». Sobre dichas omisiones de la LAT, dice en general, aunque veremos que no siempre con acierto, TORRES SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 2127, que en la LAT «se echa en falta un tratado de la dinámica del régimen en funcionamiento: derechos, obligaciones, transmisión *inter vivos* y *mortis causa* del derecho de goce, conflictos, organización, acuerdos». Y ello, dice RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 54, a pesar de la pretensión del legislador de regular la «constitución, ejercicio, transmisión y extinción del aprovechamiento por turno», como dice el artículo 1.1 LAT.

⁴⁶ Recuérdese que según el artículo 4.3 LAU, para los arrendamientos urbanos distintos al de vivienda, el Título III LAU es fuente subsidiaria de primer grado en defecto de acuerdo entre arrendador y arrendatario, incluso en su remisión a las normas del Tít. II LAU que sólo son imperativas en su contexto natural, en su aplicación a los arrendamientos urbanos de vivienda, mas no ya para los demás (arts. 30, 31 y 35 LAU). Sobre dicho Título primará, por tanto, la autonomía de la voluntad que, en relación con las normas contenidas en aquél, podrá operar: ora excluyendo lo que, en principio, resulta aplicable, ya sea para su negación, para su modificación o para su sustitución por otro contenido, ora incluyendo lo que puede resultar inaplicable. El carácter no tuitivo del Título III LAU más que en su contenido reside en esa prevalencia de la libertad de pactos. Así cabe entenderlo desde la lectura consecutiva de los aps. 1 (párrafos antepenúltimo y penúltimo) y 2 (párrafos segundo y tercero) del Preámbulo de la LAU. Al respecto, junto a la LAU, también ha de tenerse en cuenta el CC, porque es posible que a veces sea insuficiente la simple exclusión expresa de un concreto artículo del Título III LAU si lo que se desea es negar la aplicación de su contenido normativo, porque es posible que el mismo emerja no gracias a la norma en concreto excluida, sino por virtud de la fuerza normativa supletoria de último grado del propio CC *ex* artículos 4.3 LAU y CC (*vid.*, *supra*, de una nota anterior, las supuestas especialidades –que en verdad no lo son– de la LAU frente al CC).

especialidad, la LAT y de forma imperativa⁴⁷. De infringirse este límite a la autonomía de la voluntad, habrá un evidente acto voluntario *contra legem* (art. 6.3 CC): el acto convencional, de exclusión o de inclusión de una norma del Título III LAU, o del CC en su caso, se cobijará ilícitamente en una ley de cobertura, la LAU, o el CC, para eludir la necesaria aplicación de otra ley, la defraudada, que en este caso será la LAT. De este problema parece ser consciente el propio legislador, declarando la nulidad de cualquier contrato de aprovechamiento por turno que debiendo quedar sometido a la LAT no se ajuste a lo imperativamente requerido en ella (art. 1.7 LAT), la nulidad de cualquier acto de renuncia anticipada a los derechos que en ella se conceden a favor del titular del derecho-turno o de exoneración de las obligaciones y responsabilidades *ex lege* del promotor (art. 2.1 LAT), y, en general, prohibiendo cualquier cláusula estatutaria *contra legem* que perjudique al adquirente del derecho (arts. 5.1.5.º y 6.1 LAT). Sólo será válida aquella modificación convencional de la LAT que favorezca al titular del derecho-turno, que le sea aún más beneficiosa de lo que es la LAT⁴⁸.

Así las cosas –aunque pueda estimarse como conclusión anticipada–, la aplicación –por sí misma o acordada voluntariamente– de la LAU al arriendo por turnos va a resultar prácticamente inexistente, bien porque contradice directamente una norma de la LAT, bien porque en absoluto se adecua a las peculiaridades del goce por turno. Para percatarse de ello basta de momento con una observación general, sin contrastar norma por norma –como se ha venido haciendo entre paréntesis en texto y en diversas notas de este epígrafe y del anterior–: A pesar del artículo 3 LAU, el antiguo arrendamiento de local de negocio es el que en mayor medida

⁴⁷ Sobre el carácter imperativo de la LAT, recuérdese lo dicho en el epígrafe I de la Introducción. Sin detenerse en hacer estas precisiones, dicen en general COSTAS, L., *op. cit.*, p. 432; y MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, pp. 171 y 172, que el principio de la autonomía de la voluntad proclamado por la LAU (art. 4.3) para los arriendos urbanos diversos al de vivienda queda limitado en el goce por turno arrendaticio por la imperatividad de las normas de la LAT que lo regulan. Parece, por tanto, inadmisibles entender lo contrario, como hacen, en la obra que codirige RUIZ-RICO, GARCÍA ALGUACIL, L. (p. 146, nota 5), y ARIAS DÍAZ, M. D. (p. 431), quienes consideran que por la remisión de la LAT a la LAU para el arriendo regulado en aquélla primará, *ex artículo* 4.3 LAU, la autonomía de la voluntad.

⁴⁸ Comentando el artículo 2.1 LAT, aclara RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 136 ss., que más que a la renuncia de derechos, aquel precepto se refiere a la exclusión voluntaria de ley imperativamente aplicable (*ex art.* 6.2 CC), concedan o no tales normas de la LAT derechos a favor del adquirente del derecho-turno. De ahí que sean válidas las cláusulas que beneficien al adquirente más de lo que lo hace la LAT, quedando únicamente prohibidos aquellos pactos que le perjudiquen frente al favor que le conceda la LAT. En parecido sentir, LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 46 y 47, añadiendo que el artículo 4.3 LAU no será aplicable para el adquirente del goce por turno *ex artículo* 2.1 LAT, y sí –sólo– al transmitente.

subyace, aunque mudado nominalmente, en el «nuevo» arrendamiento urbano para uso diverso al de vivienda. Así lo demuestran casi todas las normas contenidas en el Título III LAU que regulan específicamente esta clase de arriendos urbanos. Casi todas ellas, frente al amplio y abierto abanico contenido en el artículo 3.2 LAU, se refieren intencionadamente, y no por descuido del legislador –como así lo demuestra su tramitación parlamentaria–, al desempeño en el inmueble –en el «*local*», dicen– arrendado de una actividad empresarial, ya sea industrial o comercial, o profesional que es la que constituye el destino del arriendo que ha de observar el arrendatario. Y cualquiera que sea, según cada caso, el sentido, estricto o amplio, que quiera darse a la expresión legal «*empresarial o profesional*», para únicamente comprender los arriendos de finca en la que se desempeñe una actividad profesional, comercial o industrial de producción, transformación o distribución de bienes o servicios, o para extensivamente incluir otros arriendos del artículo 3.2 LAU –*v. gr.*, de actividad artesanal, recreativa, asistencial, educativa o docente– por entender que la actividad empresarial es sinónimo de actividad con ánimo de lucro, de obtención y reparto de ganancias, lo incuestionable –como veremos a lo largo de este trabajo– es que siempre quedará excluido de esos artículos de la LAU el arrendamiento por turno del artículo 1.6 LAT, no por el hecho de la temporada en sí –que según el artículo 3.2 LAU, puede ser o no para vacaciones–, sino por su objeto –que ha de ser un alojamiento turístico, con expresa exclusión de los «*locales*» comerciales o industriales (art. 1.2 LAT)– y por el destino simplemente vacacional o turístico que para este subtipo de arriendo la LAT impone, y la LAU sólo prevé⁴⁹. Ello hace que aquellas normas del Título III LAU (*v. gr.*, arts. 32 a 35 –éste en su remisión al art. 32–) sean de suyo inaplicables al aprovechamiento por turno arrendaticio. Y ello –insistimos–, a pesar de la remisión legal contenida en el artículo 1.6 LAT (en su «*sin perjuicio*» de la LAU), por ser el de la LAT un hospedaje *sui generis*.

⁴⁹ Es cierto que la LAT en numerosas ocasiones se refiere a la realización de una actividad profesional o empresarial de comercio; pero es la que realiza el propio arrendador, por sí o por intermediario, cuando oferta y, en su caso, arrienda los derechos-turno. En cambio, cuando los artículos 32 ss. LAU se refieren a una actividad empresarial, es, indudablemente, el arrendatario quien la realiza y en la propia finca arrendada como destino de su goce. Y si la propia LAT prevé que el arrendatario realice una actividad de tal índole, no es para desempeñarla en el alojamiento turístico, sino que la refiere también a la misma comercialización de los derechos-turno, propios o ajenos, en cuyo caso, como exige el artículo 15.2 LAT, deberá el arrendatario comportarse profesionalmente como si fuese el propio arrendador.

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO

I. ELEMENTOS PERSONALES

1. El «propietario registral del inmueble» como arrendador

Como singularidad, exige el artículo 4.1 LAT que el constituyente del régimen de goce por turno —el arrendador tratándose del molde arrendaticio— sea el «propietario registral del inmueble». *Idem*, si se trata de modificar el régimen ya creado (art. 6.4 LAT). He aquí las posibles razones de esta particular exigencia:

La exigencia de que la titularidad dominical sea «registral» parece evidente, porque constando *ab initio* la unidad inmobiliaria, objeto del régimen de arriendo-hospedaje a crear, como finca registral independiente, se asegura, por la pura mecánica registral del tracto sucesivo, la posterior y obligada inscripción del régimen en sí, que, en principio, ha de instar el propio arrendador, con lo que ello supone de protección, o de elusión de obstáculos, para el arrendatario frente a posibles adquirentes del inmueble en sí o de otros derechos arrendaticios (cfr., sobre todo, arts. 4.3 y 15.3 LAT, 32, 34 LH, 13.3, 14 y 29 LAU, y 1549 y 1571 CC)⁵⁰.

Por su parte, que la titularidad registral del constituyente del régimen sea plena, que consista en el dominio del inmueble⁵¹, tal vez se exija, sobre todo cuando el régimen de goce por turno se haga

⁵⁰ Así parece advertirlo, COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 193 y 417, en la línea hipotecaria del tracto sucesivo, apunta también la posibilidad de que así el adquirente confíe: por un lado, en la titularidad del constituyente, y, por otro, en la viable inscripción de su propio derecho-turno. En contra, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 229; y LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 93 a 98, creen que el constituyente del régimen de goce por turno puede ser un dueño «civil», cuyo dominio no conste inscrito en el Registro de la Propiedad, pues creen —erróneamente, a nuestro modo de ver por lo dicho en texto— que la intención del artículo 4.1 LAT es proteger al titular registral como aparente o no real.

⁵¹ Asimismo, por la redacción en singular del artículo 4.1 LAT, parece exigirse que el dueño del inmueble sea único e individual [arts. 2.1, 4.1, 5.3.II, 9.1.9.º a) y disp. trans. 2.º.2.I, todos de la LAT]. Ese aparente recelo a la copropiedad tal vez se fundamente: *a priori* en las posibles dificultades en la decisión de constituir el régimen arrendaticio en cuanto acto, por principio, de administración (art. 398 CC); y, *a posteriori*, una vez creada la figura arrendaticia, en la complejidad que adquiriría la relación jurídica instaurada, porque al margen de la relación entre arrendador y cada arrendatario, y de la posible relación que entre éstos pueda haber (cfr., arts. 6.4 y 15.4 LAT), habría que añadir, complicando así el ágil funcionamiento del régimen y de cada derecho en particular, la relación interna de los coarrendadores entre sí y la de éstos conjuntamente con cada uno de los arrendatarios (cfr., entre otros, los arts. 395, 397 y 398 CC). Sin embargo, esa aversión a la copropiedad es a veces excesiva: bien justificado puede estar el artículo 1.4.III LAT (sobre división,

bajo el molde arrendaticio, para evitar la extinción prematura, antes de la expiración de su plazo *ex* artículo 3.1 LAT, y en cadena del régimen arrendaticio y, con él, la de todos y cada uno de los derechos arrendaticios ya contratados por extinción del derecho del constituyente, cuando dicho derecho recayente sobre el inmueble y que legitima para arrendarlo fuese menor al dominio, como, *a.e.*, sucedería si el arrendador fuese el usufructuario o el superficiario (cfr., arts. 480 CC y 13.2 LAU)⁵². Es que, aunque en general para arrendar no sea necesario ser propietario, para hacerlo profesionalmente y en las condiciones del artículo 1.6 LAT (con posible anticipo de todas las rentas y por una duración de hasta cincuenta años), creando y cediendo derechos llamados a circular o con posibilidad de hacerlo (art. 15.1 LAT), es conveniente que se exija al arrendador ser propietario. Así, además, se evita el problema de legitimación acerca de si la creación de un arriendo con tales rasgos constituye un acto de pura administración o de disposición (*vid.*, art. 1548 CC).

1.1 EL REQUISITO DE LA PROFESIONALIDAD DEL ARRENDADOR Y DE SUS POSIBLES INTERMEDIARIOS

Buena prueba de la prevención contenida en el artículo 4.1 LAT —explicada en epígrafe anterior— es que, una vez constituido el régimen, la comercialización en particular de cada uno de los derechos ya creados por el propietario-arrendador puede ser llevada a cabo por él mismo o por mediación de cualquier otra persona que participe profesionalmente en dicha transmisión [arts. 1.5, 2.1, 8, aps. 2.a), 3 y 4, y art. 9.3.III LAT], la cual actuará como intermediario entre el arrendatario y el dueño registral del inmueble, verdadero y único arrendador, al cual aquélla representa o por cuyo encargo actúa⁵³. Puede que incluso esa otra persona sea el propio arrendatario, no como disponente a título particular de su derecho, sino en tanto se comporte profesionalmente en dicha transmisión de turnos, propios o ajenos (cfr.,

art. 403 CC), mas en sí la posible división de la finca común nunca perjudicará al derecho arrendaticio en su subsistencia (art. 405 CC *in fine*); y del todo injustificable es el temor manifestado en el artículo 1.4.I LAT cuando es imposible que un derecho arrendaticio se constituya sobre una cuota propietaria (art. 399 CC *in fine*).

⁵² Por eso, no podemos compartir la opinión de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., «El derecho de aprovechamiento por turno...», en *BCRE*, 1999, p. 3120; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 229 y 230; COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, p. 434; y de LORA-TAMAYO, L., *op. cit.*, pp. 98 a 101, para quienes el creador del régimen puede ser titular de un derecho real menor (usufructo, superficie).

⁵³ Así lo advierten, en Italia, CASELLI, G., *op. cit.*, pp. 8 y 9; y TASSONI, G., *op. cit.*, pp. 14 y 204, para quienes esa otra persona distinta del dueño-promotor actúa como representante de éste, como un tercero intermediario o mediador profesional. Y así también, entre nosotros, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 109 y 110; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 197 y 198.

aps. 1 y 2 del art. 15 LAT con los anteriormente indicados y con los arts. 8.2.1) y 9.1.13.º LAT, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales). Mas, ¿qué significa esa profesionalidad que la LAT impone siempre al arrendador y a sus posibles intermediarios en la comercialización de los derechos-turno?

Siendo la referencia contenida en la LAT –«*profesionalmente*»– tan genérica y, por tanto, tan flexible, sin que se exijan al respecto otros requisitos, más propiamente de control administrativo [a diferencia, por ejemplo, de la expresa exigencia de cédula de habitabilidad en el alojamiento turístico *ex* aps. 1.b) y 4 del art. 4 LAT], basta con que el arrendador o sus posibles intermediarios oferten y transmitan los turnos habitual y remuneradamente, como si fuesen empresarios turísticos (cfr., arts. 1, aps. 1 y 2 LAT; art. 1 RD 515/1989, y 17 RD 2877/1982)⁵⁴. En este amplio ámbito subjetivo de aplicación, la LAT concuerda perfectamente, para secundarla, con la también amplia definición que el artículo 2 Directiva de 1994 ofrece del «*vendedor*» de este producto turístico de consumo.

Otro tanto –sobre la profesionalidad y la intermediación– sucede cuando una persona distinta del dueño-arrendador se dedica, no a la publicidad y transmisión de los turnos ya creados por aquél, sino a la prestación de los servicios complementarios y de mantenimiento y limpieza del complejo turístico arrendado que realiza a cargo del arrendador de los alojamientos y turnos. Para la prestación de dichos servicios, la LAT concede libertad al promotor-arrendador, permitiendo que sea él mismo quien los ejecute o que lo haga a través de un tercero, debiendo tratarse en tal caso de una

⁵⁴ Sabiendo que se trata de ofertar y transmitir arriendos de la LAT (de alojamientos turísticos con fin vacacional), lógicamente, y como suele ser común en el hospedaje –que generalmente es mercantil, prestado profesionalmente–, la profesionalidad ha de ser referida, exigida, a aquella actividad que se desempeña, y que es esencialmente turística. Y en este ámbito de la actividad profesional turística, la normativa existente *extra* LAT ha de servir para concretar el significado de esa profesionalidad: por un lado, en sede de arriendos en general, suelen emplearse como sinónimos, como si de igual actividad se tratara, las expresiones «*empresarial o profesional*» (art. 1 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos) –de ahí, *a.e.*, la expresión «*empresario turístico de aprovechamiento por turno*» del artículo 2 Decreto 117/1997, balear–; y, por otro, sobre arriendos vacacionales en particular, al margen de posibles licencias y autorizaciones administrativas (*v. gr.*, Decreto de 14 de enero de 1965, sobre Estatuto regulador de las empresas y actividades turísticas, actualmente derogado –sustituido en este punto– por la amalgama de normativa autonómica sobre Turismo), como elemento esencial de la profesionalidad en la prestación de tales bienes y servicios, suele exigirse la habitualidad y la remuneración –el ánimo de lucro– en la actividad que constituye la profesión, la empresa del prestador (arts. 1, aps. 1 y 2 LAT, 1.1.º y 17 RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales). Así lo creen también, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 107; VILALTA, A. E., y MÉNDEZ, R. M., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

empresa de servicios especializada [v. gr., sociedad mercantil con domicilio, al menos en una de sus sucursales, en España; cfr., arts. 4.1.c), 5.1.4.º y 8.2.g) LAT]⁵⁵. No es cuestión baladí; a pesar de esa opción del promotor, la propia Exp. Motiv. LAT apunta la conveniencia de que dichos servicios sean prestados por una empresa especializada, previendo la realización de tal obligación por el propio dueño como eventualidad no necesaria [vid., ap. I, párrafo último; *idem*, art. 4.1.c) LAT *in fine*]. No por ello la obligación de conservación y mantenimiento y su posible responsabilidad por incumplimiento dejarán de corresponder al arrendador frente a los arrendatarios, porque para éstos aquella empresa será un tercero (cfr., que se verán, los arts. 13 y 16 LAT).

Fenómeno inverso acontece para el supuesto en que el arrendatario se afilie como socio a una sociedad de intercambio –de alojamientos o de turnos (aunque el art. 9.1.8.º LAT sólo hable de «intercambio de períodos»; cfr., art. 1.6 LAT *in fine*)–. Aunque sea el propio arrendador, o su intermediario en la promoción y transmisión, quien deba mencionar, primero en el documento informativo y luego, en su caso, en el contrato de arriendo, la posibilidad de intercambio y las condiciones de la persona especializada en dicho intercambio –que de ser jurídica, ha de ser una sociedad mercantil con, al menos, una sucursal abierta en España e inscrita en el Registro Mercantil [art. 9.1.9.º e) LAT]–, para el caso en que el arrendatario así lo acepte, no quedará éste vinculado por dicha afiliación con el arrendador, que en este punto actúa como intermediario, sino directamente con la persona encargada del sistema de intercambio, que, por su parte, es totalmente ajena al contrato arrendaticio entre aquéllos celebrado [cfr., arts. 8.2.k), y 9.1.9.º c) LAT]⁵⁶.

⁵⁵ Sobre tales requisitos de la empresa de servicios, para así evitar posibles fraudes, fiscales o de otra índole, puede verse, con más detalle, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 102 a 104; LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 115 y 116; TORRES PEREA, J. M., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), pp. 173 y 174.

⁵⁶ Como advierten SÁNCHEZ, C., y DIÉGUEZ, R., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 278, el dueño-promotor no es siquiera representante o mandatario de la sociedad de intercambio, sino simple intermediario, como lo demuestra que el contrato de intercambio sea celebrado entre el arrendatario y el representante legal de aquélla. «Dicho de otro modo, si el adquirente no satisface las cuotas con la sociedad de intercambio puede ser resuelto el contrato que le vincula con aquélla, pero no por ello perderá su derecho sobre el alojamiento. De hecho, la gestión del intercambio no se desarrolla nunca a través de la propietaria del complejo, sino que directamente se gestiona por la empresa internacional que se dedica a ese negocio» (MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 144 y 145). Insiste también en la ajeneidad del promotor en cuanto al contrato de intercambio, COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 20, con nota (64), y 126; y, en parte la cuestiona, por la vinculación y responsabilidad que el promotor ha de asumir, no por el contrato de intercambio, sino por la oferta que hace de ese contrato, TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 220 a 223, 248 y 249.

2. El arrendatario-huésped: ¿puede serlo una persona jurídica?

Acerca de la figura del adquirente –el arrendatario-huésped–, frente al silencio que al respecto guarda nuestra LAT, el artículo 2 de la Directiva, mientras se muestra abierto en la determinación de la persona del vendedor, circunscribe el titular del goce por turno a las personas físicas⁵⁷. ¿Sería, entonces, nulo *ex* artículo 1.7 LAT el contrato celebrado con una persona jurídica como arrendataria? Mucho se ha discutido ya antes de la LAT sobre aquel interrogante⁵⁸; aunque probablemente la restricción contenida en la Directiva haya obedecido a la negación generalizada en el ámbito comunitario, y expresada ya en otras Directivas, de que las personas jurídicas sean consideradas como posibles consumidores. Sin embargo, nuestra LGDCyU, al definir, en los aps. 2 y 3 de su artículo 1, la figura del usuario, incluye las personas jurídicas, junto a las naturales, siempre que sean destinatarios finales de los bienes o servicios y no tengan el fin de comercializarlos una vez adquiridos para su reventa. A la vista de esta norma general, no excluida por norma especial interna ante el silencio de la LAT, cabría admitir que una persona jurídica sea arrendataria por turnos, siempre que fuese una persona jurídica sin ánimo de lucro⁵⁹, porque así se aseguraría: por un lado, su carácter como consumidor, aunque sólo de modo mediato, pues no pudiendo por sí la persona jurídica ejercer como huésped el goce vacacional, lo atribuiría, siempre gratuitamente, a sus miembros y, sobre todo, a sus beneficiarios, siendo estos últimos los auténticos consumidores finales; y, por otro, consecuencia de lo anterior, que su fin primordial no será la reventa del aprovechamiento por turno turístico.

Es más, aun en el caso de que la persona jurídica, por su propio fin social y ánimo de lucro, pretendiese la comercialización de los turnos adquiridos, conforme exige el artículo 15.2 LAT, habría de cumplir los mismos requisitos que si del promotor profesional se tratara⁶⁰ con los costes que ello supone ya previstos [arts. 8.2.1)

⁵⁷ Y así lo creen, *ex* LAT, VILALTA, A. E., y MÉNDEZ, R. M., *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸ *Vid.*, por todos, LETE ACHIRICA, J., *El contrato de multipropiedad y la protección de los consumidores*, Barcelona, 1997, pp. 82 a 95.

⁵⁹ Con un fin social ajeno a la actividad profesional turística, dice COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, p. 256. El Dictamen de CEE 93/C108, sobre *Timeshare*, en los puntos 3.12 a 3.14 de sus Observaciones específicas, propuso la posibilidad de que el adquirente fuese una persona jurídica sin ánimo de lucro, y ponía como ejemplo (punto 3.12.2): «Sería el caso, por ejemplo, de un club de pensionistas o de personas de la tercera edad que adquiere *timeshare* para las vacaciones de sus miembros, o bien el caso de una empresa que, aparte de su actividad específica, adquiere *timeshare* para proporcionar vacaciones a algunos de sus trabajadores».

⁶⁰ Así lo entienden, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 82; COSTAS, L.: *op. cit.*, pp. 257 y 322; y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 106.

y 9.1.13.º LAT]; no podría, por tanto, exonerarse de la observancia de los artículos 2 y 8 a 12 LAT a los que el propio artículo 15.2 LAT se remite para aquel supuesto. ¿No quedaría así, pues, suficientemente garantizada la aplicación de la LAT y satisfecha su *ratio*: la protección del adquirente en cuanto usuario? Y en tal caso, la persona jurídica con ánimo de lucro no será necesariamente intermediaria del arrendador. Es posible su consideración como arrendataria o huésped en tanto, *a. e.*, ceda gratuitamente algunos de sus turnos a sus socios.

II. ELEMENTOS REALES

1. Especialidades objetivas del arriendo vacacional por turno

1.1 EL ALOJAMIENTO TURÍSTICO

El régimen de arrendamiento del artículo 1.6 LAT, cuya tipología objetiva o arquitectónica ha de ser como tal descrita en la escritura pública constitutiva y reguladora del mismo, ha de recaer sobre el todo o una parte separada o diferenciada de un complejo inmobiliario —«*todo inmueble o parte de un inmueble*», dice genéricamente el art. 2.2 Directiva—⁶¹, sin dividir o dividido horizontalmente —en régimen normal de propiedad horizontal (edificio) o tumbada (urbanización privada)—, integrado por un mínimo de diez inmuebles (pisos separados o viviendas unifamiliares) que, calificados legalmente como «*alojamientos turísticos*»⁶², deberán caracterizarse por su autónoma habitabilidad [cfr., arts. 1, aps. 1, 2 y 6, y 5.1.1.º, 2.º y 6.º LAT, 396 CC, 3.a) y 24 LPH, y arts. 1, 2 y 17

⁶¹ Acerca de esa necesaria concentración inmobiliaria y sobre la expresión legal «*sector arquitectónicamente diferenciado*» del edificio o conjunto inmobiliario ex artículo 1.2 LAT (v. *gr.*, una planta del edificio, un bloque del complejo inmobiliario, ...), *vid.*, entre otros, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 66 y 67; y COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, pp. 185 y 186.

⁶² ¿Por qué diez alojamientos, y no más ni menos? Según LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, p. 51, es criticable por ser arbitrario. Para MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 78; y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 66 y 67, seguramente sea para dar la sensación de un verdadero producto turístico prestado profesionalmente. Por su parte, el término «*alojamiento*» fue propuesto por IU (enmienda 2 ante el Congreso), en sustitución del originario «*apartamento*», porque «*es ajeno a la terminología jurídica española en materia de inmuebles, y es una traslación forzada de la denominación anglosajona —francesa, cree FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., op. cit., p. 1832— de apartamento*». Apoyándose en el Diccionario de la RAE y en el artículo 15 Ley General de Turismo de 24 de marzo de 1999, a MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, p. 174, tampoco le gusta la expresión «*alojamiento*», en lugar de la de *apartamento turístico*.

RD 2877/1982, sobre ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales] ⁶³. Y no se trata de una habitabilidad, la requerida en la LAT, entendida en sentido lato, en cuanto edificación que reúna las condiciones mínimas de salubridad y seguridad para el desempeño del destino arrendaticio acordado (arts. 2.1, 21.1 y 26 LAU), sino que ha de ser entendida *stricto sensu*, en cuanto contrastada mediante la concesión de la cédula de habitabilidad ⁶⁴, que se convierte, a diferencia de lo que sucede en el hospedaje común, en condición previa para la habilitación del inmueble y para la propia constitución del régimen arrendaticio por turno recayente sobre el mismo [cfr., aps. 1.b) y 4 del art. 4 LAT]. Ha de ser, pues, una habitabilidad originaria, preexistente a la creación del régimen y a la cesión de los derechos-turno ya constituidos ⁶⁵. Por otra parte, al excluirse expresamente los «*locales*» (cfr., párrafo segundo del ap. II de su Exp. Motiv., y art. 1.2 LAT), quedando así excluidos aquellos inmuebles carentes de habitabilidad ⁶⁶, el arriendo de la LAT queda nítidamente diferenciado –como ya advertimos en el Capítulo 1.º– de la mayoría de arrendamientos urbanos distintos a los de vivienda (cfr., arts. 32 a 35 LAU).

Al hecho de la habitabilidad se une, como es común en cualquier hospedaje, la adscripción del inmueble arrendado al fin vaca-

⁶³ Así lo decíamos como contenido del título constitutivo en *RCDI*, 1996, pp. 324 y 325, ex artículos 9.1 LH, 3.2 LPH, 51.1.º a 4.º RH y 170 RN; y siguiéndonos hoy, PASTOR, J., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), pp. 197 a 201.

⁶⁴ Sobre el concepto, requisitos y normativa, estatal y autonómica, referente a la cédula de habitabilidad, véase HERREROS BASTERO, J., *LAU de 1994. Análisis y comentarios*, Valencia, 1995, pp. 36, 37 y 213 a 215. Ya sobre el hospedaje en general, explica PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 46 a 49 y 142 a 151, que desde antiguo en nuestro Derecho (cuyas Ordenanzas e Instrucciones más antiguas cita y explica), constituyó una preocupación la regulación administrativa de los aspectos de habitabilidad del alojamiento.

⁶⁵ No obstante, parece atenuar aquella exigencia de habitabilidad originaria en el goce por turno TORRES PEREA, J. M., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), pp. 164 ss., al decir que si falta la cédula de habitabilidad, si bien hay que suspender –denegar, ex art. 4.4 LAT– la inscripción del título constitutivo del régimen, se podrá, de permitirlo el registrador, anotarlo preventivamente por ser aquella falta, dice, subsanable. Olvida, sin embargo, este autor que antes del control del registrador existe otro y previo a la creación misma del régimen, el del notario (art. 4.4 LAT), el cual, incluso bajo su responsabilidad, no podrá escriturar, ni, por tanto, permitir el nacimiento de un régimen de goce por turno en el que los alojamientos sean inhabitables. Y la comprobación, al respecto, para el notario es bien sencilla: la concesión, o no, de la cédula de habitabilidad. Estamos, pues, ante un caso excepcional frente a lo que es común en los contratos de hospedería, donde la falta de licencias y permisos administrativos sobre el alojamiento no afectan a la validez del contrato, originando sólo sanciones administrativas (*vid.*, al respecto, PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 141 a 151).

⁶⁶ O, como dicen FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, pp. 1831 y 1832; TORRES SÁNCHEZ, A. M., *op. cit.*, p. 2115; LETE ACHIRICA, J.: *op. cit.*, pp. 118 y 119; MANZANO FERNÁNDEZ, M. M., *El uso de los bienes inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid, 1999, pp. 395 y 426; y COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, pp. 186, 187, 326 y 327, cualquier inmueble que no esté destinado a vivienda, que no sirva de alojamiento por no ser independiente, y carezca de cédula de habitabilidad (*v. gr.*, locales industriales o terciarios, aviones, sótanos, trasteros, plazas de garaje, buhardillas, amarres y embarcaciones).

cional –que, luego, detallaremos–: es lo que hace que el alojamiento –inmueble habitable– sea turístico; esto es, un inmueble que amén de la cédula de habitabilidad cuente, también como requisito constitutivo del régimen *ex* artículo 4.4 LAT cuando la normativa autonómica lo requiera –que es siempre– (cfr., art. 148.1.18.º CE), con la licencia de actividad turística, que no es otra cosa que la autorización para la prestación de alojamientos de uso turístico y demás servicios anexos al mismo [arts. 1.6, 4.1.b), y 5.1.6.º LAT; y arts. 1.1.º y 17 RD 2877/1982, sobre viviendas vacacionales, y prácticamente toda la normativa autonómica sobre Turismo, en general, y sobre aprovechamiento por turno, en particular⁶⁷].

Otro tanto sucede con el mobiliario que ha de comprender el alojamiento del arriendo por turnos, como cualquier contrato de hospedaje: la LAT impone como obligatoria al arrendador la adscripción de un mobiliario que sea accesorio del inmueble por su constante relación de funcionalidad con el mismo; el artículo 1.1 LAT exige que el alojamiento «*esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto*», al fin vacacional (arts. 1.1.º y 10 RD 2877/1982, sobre apartamentos turísticos)⁶⁸, formando así este inmueble por destino –el mobiliario (art. 333.4.º y 5.º CC)– con el inmueble por naturaleza –el alojamiento– una unidad funcional: la vivienda amueblada (cfr., arts. 1.1, 5.1.3.º, 8.4 y 9.2 LAT *versus* arts. 1582 CC y 2.2 LAU)⁶⁹. Esta accesoriidad legal (*ope legis*) y funcional (u objetiva) del mobiliario hace que éste, incluido en la unidad inmobiliaria y formando jurídicamente unidad con ella, se someta por entero al régimen jurídico del derecho arrendaticio, sin especialidad normativa propia y sin apartarse de aquél, porque

⁶⁷ Artículo 3 –farragósísimo– del Decreto 117/1997, balear sobre goce por turno; y artículos 2 y 4 Decreto 272/1997, canario, sobre uso a tiempo compartido. Y en general, sobre Ordenación del Turismo, artículo 12 Ley de 1999 balear, artículo 24 Ley de 1995 canaria, artículos 23 y 45 Ley gallega, artículo 8 Ley de 1998 valenciana, artículos 10 y 13 Ley de 1997 murciana, y artículo 39 Ley de 1999 andaluza. Y si falta tal licencia turística, en toda esa normativa se regula dicha ausencia como falta grave, siendo objeto de la correspondiente sanción administrativa (desde la multa hasta el cierre temporal del inmueble). También la Ley núm. 1652 de 14 de octubre de 1986 de Grecia, sobre multiarrendamiento, exige, en sus artículos 1.2 y 3, que el inmueble arrendado y sus instalaciones sean de uso turístico (v. gr., las unidades hoteleras y, en general, cualquier complejo turístico que tenga oficial del Organismo griego de Turismo).

⁶⁸ También la Ley griega núm. 1652 de 1986, sobre multiarriendo, exige en su artículo 1 que la vivienda de uso turístico esté amueblada.

⁶⁹ No se olvide que los artículos 1582 CC y 2.2 LAU –éste sobre arrendamiento urbano de vivienda–, por un lado, prevén el arriendo con muebles como mera posibilidad, dependiente de la voluntad de las partes, sobre todo de la del arrendador, y que, por otro, conectan los muebles con el inmueble arrendado por una relación de accesoriidad más voluntaria que funcional («*cuando el arrendador de una casa –dice el art. 1582 CC– arrienda también los muebles*»; «*cedidos como accesorios por el arrendador*», dice el art. 2.2 LAU *in fine*).

no son tales muebles sino elementos accesorios del inmueble (arts. 1097 y 1582 CC). De ahí que la descripción, aunque sea somera, de dichos muebles haya de hacerse también desde el inicio, en el mismo momento constitutivo del régimen, en el de la escritura pública (art. 5.1.3.º LAT), para que así, posteriormente en la fase de comercialización y de previa información, los terceros, potenciales arrendatarios, conozcan y comprueben desde un principio, la entidad y cantidad, o valor, del mobiliario adscrito al inmueble que se les ofrece en arriendo (art. 8.4 LAT), de tal forma que de aceptarse la oferta –originaria o modificada, pero advertida o consentida– y celebrarse el contrato arrendaticio (art. 9.4 LAT) en él sólo sea necesario hacer indicación, a modo de inventario como anexo, de aquel mobiliario [art. 9, aps. 1.4.g), y 2 LAT]⁷⁰.

1.2 LAS POSIBILIDADES DE EXPLOTACIÓN MIXTA, DE ALOJAMIENTO DETERMINABLE Y DE PREAPROVECHAMIENTO

En principio, permite la LAT que sobre el mismo complejo inmobiliario arrendado por turno existan otros tipos de aprovechamientos que sean también turísticos, dando lugar a lo que la LAT llama «*explotación mixta*», siempre y cuando el goce por turno, jurídico-real o arrendaticio, recaiga *ab initio*, con reflejo en la escritura y en la inscripción, sobre alojamientos concretos y por períodos determinados (cfr., arts. 1.2, 5.1.2.º, disp. trans. 2.ª 2.III LAT, y el párrafo tercero del ap. II de su Exp. Motiv.). Para tal caso, por tanto, no cabrá configurar el arriendo como derecho flotante; no podrá aplicarse el artículo 1.6 LAT *in fine*. A *contrario sensu*, si el complejo inmobiliario está sometido en su totalidad a un régimen de arrendamiento periódico, sólo en tal caso, podrá tener aplicación

⁷⁰ Así lo decíamos en *RCDI*, 1996, pp. 324, 329 y 330. Siguiéndonos literalmente y *de lege lata*, PASTOR VITA, J., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 204. Ya la RDGRyN de 4 de marzo de 1993 se refería a la exigencia de hacer constar el «mobiliario destinado al uso sucesivo de los distintos titulares de los períodos»; y así también lo hicieron algunos borradores de multipropiedad (art. 49.2 B-89; Título V B-91 y art. 9 B-94). Sobre esta materia, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 117, recomienda que en la escritura pública constitutiva del régimen se haga sólo una descripción genérica de los muebles, por si luego se desea modificarlo y así evitar la costosa modificación de la propia escritura. Sin embargo, eludiendo el contenido imperativo del artículo 1.2 LAT, su razón de ser, y sus concordantes en sede de constitución del régimen, de promoción y de cesión (respectivamente, los arts. 5.1.3.º, 8.4 y 9.2 LAT), considera RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 62, que el mobiliario es algo voluntario, y que, de no existir, el régimen, sin ser nulo, simplemente no se someterá a la LAT. No parece que así pueda ser a la vista de aquellos preceptos, debiendo, por el contrario, entenderse que si no hay mobiliario, el régimen no ha de existir (de constituirse en escritura pública para luego inscribirse *ex arts.* 4.3 y 5.1.3.º LAT); y que de «existir» el régimen sin mobiliario y cederse los derechos-turno, la consecuencia será la del artículo 1.7 LAT *ex artículo* 4.3.I LAT o, cuando menos –como dice TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 227 y 228–, la posibilidad del adquirente de resolver el contrato *ex artículo* 10.2 LAT.

el párrafo final del artículo 1.6 LAT; sólo entonces será posible que los derechos arrendaticios, por su propia naturaleza obligacional (arts. 1096.2 y 1273 CC), se constituyan como derechos flotantes en el espacio, por lo que afecta a su objeto («a un alojamiento determinado o determinable» –cfr., entre otros, los arts. 1.7, 9.1.2.º, disp. adic. 2.ª y DDTT 1.ª 1 y 2.ª 1 LAT–). Y sólo habrá determinabilidad o relativa –que no absoluta– indeterminación, consistente en indeterminación actual del alojamiento arrendado, pero con posibilidad de posterior determinación sin necesidad de nuevo acuerdo para llegar a ella, porque el alojamiento determinable por sus condiciones genéricas sólo será admisible, termina diciendo el artículo 1.6 LAT, «siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho», es decir, recibirá externamente cierta determinación por su inclusión en otro inmueble que sí está concretado, por su pertenencia a otra unidad inmobiliaria mayor a él y en la que se integra como parte de la misma⁷¹. Por esto mismo, ningún obstáculo habrá para escriturar dicho régimen para luego inscribirlo. No habrá vulneración, sólo cierta relajación a lo más, del principio de especialidad: el hecho de que el edificio o complejo inmobiliario, donde se han de ubicar los alojamientos determinables, constituya finca registral propia (art. 4.1 LAT), ergo perfectamente descrita, permitirá que el régimen arrendaticio recayente sobre el mismo se eleve a escritura pública y se inscriba, sin que, por supuesto, sea posible la apertura de folio registral propio a los alojamientos determinables ex artículo 6.1.II LAT, ni la inscripción propia de los contratos arrendaticios que recaigan sobre ellos, porque su sola determinabilidad lo impedirá (arts. 3.2 y 6.2 RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción de arrendamientos urbanos).

Asimismo, como salvedad y singularidad frente a la exigencia de que recaiga sobre una edificación, común a todo arrendamiento urbano, pareciendo así excluirse los arriendos de solares o de obras en construcción (cfr., ap. 1 de los arts. 2 y 3 LAU), y como excepción a la general exigencia de que el objeto del derecho, especialmente cuando es de naturaleza real, sea actual, la LAT permite lo que podría denominarse el preaprovechamiento: es posible que se constituya y, luego, se comercialice un régimen de aprovechamiento por turno sobre un inmueble futuro de existencia prevista como muy próxima, sobre una obra en construcción, aunque, por supues-

⁷¹ Así se advertía ya en los artículos 4.1 y 5.1.c) B-92 y 6.3.º a).II y 50.1.2.ª B-94, sobre derechos de aprovechamiento por turno sin carácter real, o sea, el arrendaticio. Sin embargo, critica la posibilidad de alojamiento flotante MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 72, porque «parece –eso, sólo parece– chocar frontalmente con el artículo 9.3 cuando exige que en el contrato se describa de forma precisa el alojamiento sobre el que debe recaer su derecho».

to, será necesario indicar en la escritura, y luego también en la inscripción, del régimen la fecha límite de terminación de la obra, porque hasta que esto no acontezca y así conste en el Registro, el régimen, y con él el ejercicio de los derechos-turno cedidos, no se hará efectivo, no se computará su duración (arts. 3.1, 5, aps. 1.1.º *in fine* y 3 LAT)⁷². Para su inicial ingreso registral, dicho derecho y el título por el que se establece deberán reunir, en todo caso, los requisitos exigidos en los artículos 9 LH y 51 RH, lo que supone, en fin, la observancia del principio de especialidad, en cuya virtud la cosa futura habrá de ser descrita con precisión y claridad suficientes.

2. El goce arrendaticio: peculiaridades temporales y teleológicas

Impidiendo el recurso a normas más generales (*v. gr.*, art. 1581 CC), la LAT establece sus propias reglas de concreción del plazo del arriendo por turno; y lo hace distinguiendo según la duración se refiera al régimen en general –luego también en cierto modo a la de cada contrato en particular– o a cada turno de goce del alojamiento en concreto. La propia distinción legal de ambos aspectos temporales impone su estudio separado.

2.1 LA DURACIÓN DEL RÉGIMEN ARRENDATICIO Y LA DE CADA CONTRATO

Restringiendo la libertad que acerca de los arriendos turísticos concede el artículo 16 RD 2877/1982, e impidiendo así la aplicación de esta norma, el artículo 3.1 LAT, refiriéndose al régimen de aprovechamiento por turno, jurídico-real o arrendaticio (aps. 1, 6 y 7 del art. 1 LAT), dice que «*la duración del régimen será de tres –como mínimo, según exigía ya el art. 2 Directiva– a cincuenta años*». Ciertamente, en su aplicación al molde arrendaticio, hace a

⁷² De lo contrario, de no terminarse la obra, o de no inscribirse tal terminación, el régimen de aprovechamiento por turno, aunque nacido, será inviable para su efectiva puesta en marcha. Como dice la LAT para tales casos, el promotor dispondrá del plazo de tres meses desde que constituyó el régimen para inscribir la terminación de las obras, es decir, para dar constancia de la existencia actual del inmueble –ya con su cédula de habitabilidad–, pues de no ser así los que hayan adquirido el derecho arrendaticio podrán resolver el contrato y exigir la devolución de las cantidades pagadas, actualizadas conforme al IPC, y una indemnización por daños y perjuicios, cuyo pago está previamente asegurado por el inicial aval bancario que el promotor tuvo que constituir antes de crear el propio régimen (cfr., entre otros, los arts. 4, aps. 1 y 2, 5, aps. 1.1.º, 2.º y 3, arts. 8.2 y 9.1.4.º y 10.º LAT). Para mayor detalle al respecto, entre otros, COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, pp. 198 a 208; LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 104 a 113, 147 a 150 y 242 a 245.

éste de muy larga duración. Mas habiendo un término máximo de duración, se respeta uno de los rasgos esenciales del arrendamiento —de cosas y de servicios (del propio hospedaje)—, el de su temporalidad (arts. 1543, 1565, 1569.1.º y 1581 CC)⁷³.

Ni que decir tiene que tales topes legales de duración, aunque referidos expresamente al régimen de goce por turno, son igualmente predicables de cada contrato transmisivo de cada derecho-turno (arts. 1.6 —que habla de «*contratos*» arrendaticios— y 9.1.2.º *in fine* LAT), dado que una vez nacido el régimen, o en su caso extinguido por terminación de su plazo, con él nacerán, o en su caso se extinguirán, todos los derechos-turno (arts. 3.2, 4.3.II y 9.1.2.º LAT). Precisamente por esa dependencia temporal, y siendo cada temporada anual en el sentido de quedar enmarcada dentro de un ciclo anual, por cada año (cfr., entre otros, del art. 1 LAT, los aps. 1, 3, 6 y 7; art. 9.1.2.º; disp. adic. 2.ª I, y DDTT 1.ª 1 y 2.ª 1 LAT), debe entenderse como desliz del legislador cuando se refiere en el inciso inicial de su artículo 1.6 LAT a «*los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada —siempre anual—, que tengan por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de*

⁷³ En cambio, en los Borradores de 91 y de 94 los límites temporales diferían según la naturaleza del aprovechamiento por turno: si era jurídico-real no podía ser inferior a cinco años, ni superior a treinta años (art. 54 B-91); pero si era jurídico-personal no había en principio límites, salvo que la duración pactada fuese superior a tres años, en cuyo caso no podía exceder de los quince años (arts. B-91 y 50 B-94). Ahora, dice COSTAS, L., *op. cit.*, p. 429, que el artículo 3.1 LAT es aplicable al goce por turno arrendaticio por la *ratio* que sustenta aquella norma. Y es que simples motivos prácticos de política legislativa han primado en este punto sobre cuestiones de naturaleza jurídica. En un principio, el artículo 3.1 Anteproyecto y Proyecto LAT establecía un margen temporal más restringido: desde un mínimo de quince años hasta un máximo de treinta años. En su tramitación parlamentaria muchas enmiendas, algunas de ellas con éxito, pretenderán la ampliación de dicho abanico; por un lado, a ampliar el límite superior, así hasta conseguir los actuales cincuenta años, porque de ese modo el producto se ofrece como más atractivo para el adquirente, que por más tiempo puede disfrutar del alojamiento, y así más satisfactorio económicamente para el promotor, como así ha venido siendo en la práctica española y extranjera (en esta dirección, enmiendas 42 y 52 de CiU ante el Congreso, 128 y 131 del PP, y la núm. 154 de Coalición Canaria, que incluso propondrá la supresión de una duración máxima, para así permitir, como era práctica habitual, los plazos perpetuos o indefinidos —lo que, sin embargo, no casa con la naturaleza esencialmente temporal del arrendamiento *ex art.* 1543 CC—); además —añadimos nosotros—, una duración de cincuenta años es bastante limitación temporal para el dominio —sin que por ello el goce por turno se convierta en carga casi perpetua— y más que tiempo suficiente para colmar las aspiraciones de disfrute vacacional de cualquiera, siendo, además, difícil que por un tiempo mayor quede asegurada *ab initio* la prestación satisfactoria de este producto turístico con todas las exigencias —especialmente las de servicios complementarios y de conservación del alojamiento— que impone la LAT (*vid.*, párrafo último del ap. II de su Exp. Motiv.). Y, por otro lado, otras enmiendas, con igual aceptación, situarán el límite inferior en tres años (enmienda 23 del PP ante el Congreso), seguramente por razones de coordinación y respeto para con la Directiva europea, en cuyo artículo 2 se refiere al tiempo del régimen de goce por turnos «*para un período mínimo de tres años*», y que según TORRES SÁNCHEZ, A. M., *op. cit.*, p. 2111, sirve para «dar estabilidad al mercado». Por su parte, la Ley griega de 1986 establece también, en su artículo 1.2.º *in fine*, dos topes: uno mínimo de 5 años y otro máximo, que no se puede exceder, de sesenta años.

cincuenta años», pareciendo exigir así al goce por turno arrendaticio un mínimo de cuatro temporadas anuales, de cuatro años. Y como descuido ha de entenderse porque, sabiendo que la duración mínima del régimen, según exige el artículo 3.1 LAT para todo aprovechamiento por turno por mandato del artículo 2 Directiva europea, es de tres anualidades, de tres temporadas anuales, así también habrá de serlo para cada contrato en particular. La dicción, en este punto, del artículo 1.6 LAT —«*más de tres*»— debe ser corregida desde el genérico artículo 3.1 LAT y desde el artículo 2 Directiva, y entenderla como «*tres o más*»⁷⁴.

No obstante dicha dependencia temporal de la duración de cada contrato respecto a la propia duración del régimen del que aquél deriva, el cómputo de uno y otro plazo será distinto: mientras que la duración del régimen se contará desde la fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 3.1 LAT), el plazo de cada contrato arrendaticio, estando ya determinados *ab initio* los ciclos anuales en que se arriendan los turnos (art. 1.6 LAT *in fine*), se computará desde la misma fecha de celebración del contrato, que constará por escrito en éste (arts. 9.1.1.º y 10.1 LAT). De ahí que, debiendo estar el plazo de duración del régimen concreta y explícitamente contenido desde un inicio en la escritura constitutiva de aquél, y así en su posterior inscripción, y, luego, en cada contrato escrito, carezca de aplicación el artículo 1581 CC (cfr., arts. 5.1.8.º y 9.1.10.º LAT)⁷⁵.

No obstante esa concreción originaria del tiempo, ¿cabría la prórroga en el aprovechamiento por turno arrendaticio? Por supuesto, no se trata de aplicar las prórrogas forzosas legalmente impuestas en los artículos 9 y 10 LAU, a los que no se remite el Título III LAU y que no encuentran paralelo ninguno en la LAT, sino de plantear la hipótesis de prórroga convencional o voluntaria. Tal posibilidad puede referirse tanto a cada contrato en particular como al régimen en general, aunque con distintos requisitos en cada caso:

⁷⁴ En la misma línea, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 71; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 114 y 146. En contra, dice COSTAS, L., *op. cit.*, p. 437, que, a pesar del artículo 3.1 LAT, la duración del arrendamiento por turno será, *ex artículo 1.6 LAT*, de cuatro años.

⁷⁵ Como elemento esencial que es, su ausencia o indefinición impedirá la escrituración, sin que el notario haya de suplir tal vacío contractual recurriendo al artículo 1581 CC, y así, al no poderse entonces inscribir, tampoco podrá computarse la duración —inexistente o indefinida— del régimen (art. 3.1 LAT). Si su omisión acontece en el contrato transmisivo (arts. 9.1.10.º LAT y 1543 CC), tampoco cabrá colmarla con apoyo en el artículo 1581 CC, sino más bien entender que el contrato puede ser resuelto *ex artículo 10.2 LAT* o, si se apura, que es nulo *ex artículo 1.7 LAT*. Refiriéndose a la exigencia de forma escrita del contrato bajo sanción de nulidad, según parágrafo 3 TzWrG, BOTANA, G. y LEBSNAFT, C. H., «La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido...», en ADC, 1998, p. 1343, advierten su especial importancia si el goce periódico es arrendaticio, pues en el BGB la falta de forma escrita en los contratos de arrendamiento hace que el arriendo sea indefinido.

Por lo que respecta al régimen, sólo cabrá prórroga o ampliación de su duración: si el plazo inicialmente establecido, en la escritura constitutiva del régimen y en su inscripción (art. 5.1.8.º LAT), es inferior al máximo legal de los cincuenta años (art. 3.1 LAT), si la prórroga no supone vulneración, por exceso, de ese tope legal máximo (arts. 1.7 y 3.1 LAT), y, si dicha prórroga ya se previó en la escritura creadora del régimen mediante nota marginal en su inscripción (art. 7.2 RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción de arriendos urbanos)⁷⁶, porque de lo contrario, habrá aquélla de ser acordada mediante modificación del propio régimen (*ex* arts. 6.4 y 15.4.1.º LAT); y esto último siempre antes de que expire el plazo inicialmente fijado para el régimen, porque una vez transcurrido dicho plazo, cualquiera que éste haya sido dentro de los márgenes legales, sin que se haya convenido la prórroga, el régimen se extinguirá automáticamente (*cf.*, aps. 1 y 2 del art. 3 LAT). De no concurrir alguno de los condicionantes indicados, bien porque el plazo inicialmente fijado fuese ya el máximo de cincuenta años que permite la LAT, bien porque la prórroga convencional que se pretende lo supere, o bien porque aquélla se acuerde una vez el plazo primitivo haya expirado, en cualquiera de tales casos no habrá prórroga ninguna, ora por infracción legal (del límite superior de tiempo de los arts. 1.6 y 3.1 LAT), de modo que la prórroga convenida será nula *ex* artículo 1.7 LAT, ora porque el régimen ya se ha extinguido por terminación de su plazo computado desde la inscripción registral (art. 3.2 LAT). En ambos casos, siendo inadmisibles o inoperantes la prórroga voluntaria, sólo podrá constituirse de nuevo otro régimen de aprovechamiento por turnos⁷⁷.

Por su parte, también el contrato de cada derecho-turno puede ser prorrogado, con independencia de que la prórroga haya sido prevista por el promotor-arrendador en la misma escritura creadora y reguladora del régimen, o de que haya sido acordada por él y por el arrendatario en el contrato transmisivo. Al respecto, en nada influye el hecho posible de que tratándose del goce por turno arrendaticio los turnos sean simplemente determinables, porque lo determinado desde un principio en el contrato arrendaticio será la duración, el número de años por el que se ceden aquellos turnos (art. 1.6 LAT *in fine*). No obstante esa posibilidad, la concreción voluntaria

⁷⁶ Así ya se previó en el artículo 54.3 B-91: «Podrá —como algo voluntario— establecerse en el título de constitución que, al transcurrir el plazo estipulado, la comunidad —de aprovechamiento por turno— quedará prorrogada... en las condiciones previstas en dicho título», añadiendo que «la prórroga se hará constar en el Registro por nota marginal».

⁷⁷ Sobre lo dicho, *vid.*, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *op. cit.*, p. 3105; y GARCÍA ALGUACIL, J. M., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 152.

de prórrogas en tales casos estará limitada en su posible número y duración: en primer lugar, como es obvio, la prórroga convenida habrá de serlo por tandas ya previstas, previamente constituidas en el régimen regulador del goce por turnos, con una duración igual a la de cualquier otro turno y sin que en ningún caso invada turnos ajenos, ya arrendados a otra persona, ni reservados al mantenimiento del alojamiento (arts. 1.3 y 5.1.3.º LAT); y, en segundo lugar, la prórroga del contrato no podrá sobrepasar la duración establecida para el propio régimen, porque una vez consumada la misma, dicho régimen se extinguirá y con él todos los contratos (arts. 3.2 y 9.1.2.º LAT). Para que el contrato pudiera prorrogarse más allá de la duración del régimen, también éste habría de ser prorrogado conforme a los requisitos antes indicados para su prórroga.

2.2 EL TURNO DE GOCE

2.2 A) *El turno: duración, número y posible determinabilidad*

Aunque la duración del régimen y, por ende, la de cada contrato de arrendamiento por turno en particular pueda ser muy extensa (desde un mínimo de tres años hasta un máximo de cincuenta años *ex arts.* 1.6 y 3.1 LAT), y siendo cada temporada o ciclo anual (*cfr.*, *aps.* 1, 3, 6 y 7 del art. 1 LAT), el turno, la tanda o período en sí en que el goce del alojamiento turístico puede hacerse efectivo (la ocupación) habrá de ser, por exigencia del artículo 2 de la Directiva, de una duración mínima de una semana consecutiva al año, y siempre, respetando ese mínimo, idéntica, de igual tiempo, para todos los turnos, al menos en el momento constitutivo del régimen (*aps.* 3 y 6 del art. 1 LAT)⁷⁸.

Este mínimo legal y la inclusión de cada turno en temporadas anuales permiten que en cada contrato se acuerde la atribución de un número plural de turnos, de varios períodos de goce; como mínimo de tres, uno por año (*cfr.*, de nuevo, *aps.* 1, 3 y 6 del art. 1 LAT); y con la ventaja, frente al común contrato de hospedaje, de que los turnos estarán contratados –de forma concreta o determinable (art. 1.6 LAT *in fine*)– *ab initio*, sin necesidad de realizar reservas para anualidades o temporadas anuales venideras; dichas reservas se realizarán y fijarán en el mismo instante de celebración del con-

⁷⁸ Así lo exigía el artículo 2 Directiva comunitaria: «dentro de un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana». En la Ley griega, sin embargo, no hay mínimo legal al respecto, pero –amén de que deba adaptarse entonces a la exigencia europea– según BENITO, J. A., *op. cit.*, p. 494, en la práctica los períodos vienen siendo de una o dos semanas al año.

trato y por todos los años que éste dure. La distribución de esa pluralidad y diversidad de turnos se hará normalmente en años distintos y consecutivos (un turno por año), aunque nada impide que se trate de varios turnos dentro de un mismo año. Incluso, frente a lo que suele negarse en los arriendos por temporada en general, nada obsta en el arriendo de la LAT a que esos turnos estén dentro de la misma anualidad, de la misma temporada anual, y que además sean sucesivos, consecutivos, sin que por ello las tandas se unan para formar una nueva de mayor duración que las inicialmente creadas y concedidas. No perderán su autonomía; de tal modo que el arriendo por turnos no quedará desnaturalizado. Cada turno modaliza de suyo el ejercicio del goce de la finca arrendada de modo independiente, con carácter exclusivo frente a los demás (art. 1.1 LAT), con su propia duración («*nunca inferior a siete días consecutivos*» cada año, según art. 1.3 LAT), con su propio precio o renta [arts. 8.2.h) y 9.1.5.º LAT], con su propia cuota anual por los servicios prestados, y, en fin, con su propia conexión –cuota– con el alojamiento sobre el que versa (cfr., arts. 5.1.3.º y 15.4.3.º LAT).

Asimismo, como especialidad, y ventaja, del arrendamiento turístico de la LAT, tales períodos de goce pueden quedar simplemente determinados por su referencia a un ciclo anual concreto, sin concretar el turno en particular, con la única salvedad de que el inmueble esté sometido a una explotación «mixta» (arts. 1.2 y 5.1.2.º LAT). No hay indeterminación, sino simple determinabilidad o relativa indeterminación (de período «*determinable*» habla el art. 1.6 LAT) de las tandas en particular por su adscripción o pertenencia a un ciclo anual concreto, a «*una temporada anual determinada*» (alta, media o baja), siempre que se fijen desde el principio de forma indubitada, sin necesidad de posterior acuerdo ni interpretación, los criterios para su concreción en el momento oportuno, el de goce efectivo o ejercicio del derecho⁷⁹.

2.2. B) *El necesario fin vacacional del turno de goce*

Frente a los arrendamientos celebrados por temporada en general («*de verano o cualquier otra*», dice el art. 3.2 LAU), la LAT,

⁷⁹ Así se advertía en el artículo 6.3.º a).II B-94. Y así lo advierten, ahora, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *op. cit.*, p. 430, exigiendo éste que se concreten las fechas inicial y final –de entrada y de salida–; COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, p. 437, advirtiendo que no es necesaria tal concreción; y RUIZ-RICO, J. M., *op. cit.*, p. 4. Criticando la previsión temporal flotante contenida en el artículo 1.6 LAT, dice MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 73, que queda indeterminada la duración del turno: ¿siete días, más o menos? Pero, nos preguntamos, ¿qué confrontación hay entre los aps. 3 y 6 del artículo 1 LAT o entre el artículo 1.6 y los artículos 5.1.3.º y 6.1.II LAT? Ninguna.

evidenciando una vez más la configuración del arriendo por turno como hospedaje singular, circunscribe el objetivo transitorio del goce arrendaticio al turístico o vacacional, quedando, por principio, proscrita cualquier otra finalidad, que antes de la LAT, sin embargo, era posible⁸⁰. No hay, pues, en este punto espacio para la libertad contractual, ni para desvirtuar la configuración legal del goce por turno arrendaticio como espécimen *sui generis* de hospedaje.

Así lo demuestra la propia rúbrica de la LAT; el Anteproyecto y Proyecto de LAT presentaban como título: Ley «sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», pero en su tramitación parlamentaria el grupo de IU propuso con éxito, en su enmienda núm. 1 ante el Congreso, que se añadiera «de uso turístico», para «que quede claro desde el propio título de la Ley que lo que se va a regular es el aprovechamiento de ciertos inmuebles, inmuebles que se destinarán únicamente a uso turístico»⁸¹. También en su Exp. Motiv., advierte la LAT que «el interés de realizar una adquisición de esta naturaleza suele estar justificado en la utilización vacacional del inmueble»; de ahí que luego, ya en su articulado, la LAT exija como objeto inmobiliario de esta figura el alojamiento turístico, un inmueble que amén de la cédula de habitabilidad cuente, cuando la normativa autonómica lo requiera (art. 148.1.18.º CE) —que es siempre—, con la licencia de actividad turística [cfr., arts. 1.6, 4.1.b), y 5.1.6.º LAT; arts. 1.1.º y 17 RD 2877/1982, sobre viviendas vacacionales, y toda la normativa autonómica sobre Turismo en general, y sobre aprovechamiento por turno en particular⁸²]. No en vano, cuando la LAT permite la explotación mixta, la coexistencia en un mismo inmueble del aprovechamiento por turno y de otro régimen de goce (arts. 1.2, 5.1.2.º y disp. trans. 2.ª 2.III LAT), lo hace por la coincidencia turística o vacacional de ambos regímenes o actividades. Así lo dice en el párrafo tercero del ap. II de su Exp. Motiv., y con casi idéntica redacción en su artículo 1.2.

⁸⁰ Así lo cree, por las razones que luego se indicarán, la práctica unanimidad de la doctrina, siendo por ello innecesario citarla. Sobre la situación anterior a la LAT, puede verse, entre otros, nuestro trabajo de RCDI, 1996, pp. 290, 305, 306, 338 y 339. Sin embargo, la Directiva europea, aunque consciente, en su Cdo. 6.º, del marco eminentemente turístico en que se produce este fenómeno, como ya advirtió el Dictamen de CCC 93/C198 en sus puntos 1, 3.7 y 3.8, no impone dicho fin; aunque según cree LETE ACHIRICA, J., *op. cit.*, pp. 118 y 119, sí.

⁸¹ Ya en el propio Anteproyecto, aunque no se hiciera tal matización en su título, en su disposición final 1.ª, titulada «calificación turística de la actividad», se decía: «El destino y la explotación de un inmueble a través de un régimen de aprovechamiento por turno es, en todo caso, una actividad turística y, en consecuencia, está sometida a las disposiciones que, en materia turística, sean aplicables».

⁸² Para el listado de esta normativa autonómica, *vid.*, *supra*, epígrafe II.1.1 de este capítulo segundo.

3. El precio o merced

Como cualquier contrato mixto o complejo de arriendo de cosas y de servicios (hospedaje), el de la LAT es también un contrato oneroso, aunque –como se verá a continuación– con la peculiaridad de diferenciar el régimen del precio según éste se refiera al alquiler de la cosa y a la prestación de los servicios complementarios; una dualidad de contraprestación [arts. 8.2.h) y 9.1.5.º LAT], que en absoluto desvirtúa la calificación del hospedaje de la LAT como contrato mixto, y que de ningún modo niega que el arriendo de cosa y el de servicios se funden en un solo contrato arrendaticio, sin que deba estimarse como mera yuxtaposición o unión de dos contratos⁸³.

3.1 LA RENTA COMO CONTRAPRESTACIÓN A CADA TURNO DE GOCE DEL ALOJAMIENTO ARRENDADO

La LAT concede, no podía ser menos, libertad al promotor-arrendador en la fijación de la renta o alquiler asignado a cada turno de goce, que podrá ser mayor o menor en su cuantía, no sólo según la mayor o menor duración del turno, que por principio habrá de ser igual para todos los turnos creados dentro del mínimo legal de una semana anual (art. 1.3 LAT), ni sólo según la entidad del inmueble arrendado (alojamiento con sus accesorios –mobiliario y elementos comunes–) sino más bien, como en cualquier contrato de hospedaje, en función del período del año al que el turno se refiera, según se trate de temporada alta, media o baja.

La fijación de la renta a pagar por los turnos contratados debe hacerse, para que así el potencial arrendatario tenga conocimiento de ella, en el propio documento informativo que, como oferta vinculante, es previo a la celebración del contrato [art. 8.2.h) LAT] y que, en su caso, habrá de coincidir con la finalmente acordada en el contrato si éste en efecto se celebra, pues de lo contrario, habiendo discrepancia de la renta contenida en uno y otro documento o no constando el precio en cualquiera de ellos, el arrendatario podrá resolver su contrato sin indemnización alguna a favor del arrendador (arts. 8.2.h) 9.1.5.º y 10.2 LAT, que dejan sin aplicación, para el arriendo por turno, al art. 1547 CC). Responde, así, la LAT a la exigencia de certeza en el alquiler (art. 1543 CC).

También la forma y el momento de pago del alquiler, si bien no impuestos, vienen condicionados o estimulados –siendo, segura-

⁸³ Acerca del carácter oneroso de los contratos de hospedaje en general, PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 100 a 104. Y, en general, sobre la unidad o pluralidad de prestaciones como mero indicio, mas no como dato concluyente, de que se está ante un contrato mixto o complejo o ante una simple unión de contratos, JORDANO BAREA, J. B., en *ADC*, 1951, pp. 332 ss., con razones y autores allí citados.

mente, lo más común en la práctica— por la LAT, cuyo artículo 1.6, sobre arriendo por turno en particular, frente a lo que es común en los arriendos —el pago periódico de la renta (cfr., arts. 1552, 1558.II y 1581 CC)— y en los comunes hospedajes —donde se paga a la finalización del contrato, una vez prestados todos los servicios—, permite *pro* arrendador «*que se anticipen las rentas correspondientes o algunas o a todas las temporadas contratadas*»⁸⁴. Pero no todo es favorable al arrendador. No se olvide que la *ratio* constante de la LAT es la protección del arrendatario en cuanto consumidor. Necesario es, pues, equilibrar, o recompensar si se quiere, aquella ventaja del arrendador por el hecho de que el arrendatario pueda estar obligado al pago total y anticipado de toda la renta. Cumpliendo el mandato del artículo 6 Directiva en aras, como ella dice, de la «*protección del adquirente*»⁸⁵, el único límite del anticipo en el pago de la renta es temporal, referido al momento del mismo, que no podrá realizarse en el transcurso del tiempo de que dispone el arrendatario para desistir *ad nutum* o para resolver el contrato (art. 11.1 LAT); un tiempo que puede oscilar, según cada caso, entre un mínimo de diez días y máximo de tres meses y diez días desde la fecha de celebración del contrato (arts. 9.1.1.º, 10 y 11 LAT)⁸⁶. De lo contrario, «*si*

⁸⁴ En un principio, en el artículo 1.6 Anteproyecto y Proyecto LAT sólo se permitía el anticipo de rentas correspondientes a tres temporadas como máximo. Más limitativo fue antes el artículo 50.1.4.º B-94, precisamente al referirse al aprovechamiento por turno sin carácter real —que era el arrendatario *ex art.* 65— de duración superior a tres años. Sin embargo, aquella limitación proyectada será finalmente suprimida para adoptar la redacción vigente introducida por la enmienda 51 de CiU ante el Congreso, precisamente por «flexibilizar los regímenes que se constituyan bajo la forma de derecho personal, permitiendo el anticipo de todas las rentas». Y probablemente sea ésta la práctica habitual, por propia exigencia del promotor que *ab initio* adquirirá de una sola vez y a modo de precio global y único la transmisión de turnos llevada a cabo. Sólo en el caso de que no se adelante el pago de todas las rentas, podrá pactarse un sistema de actualización para las pendientes, ya sea el del artículo 18 LAU sobre arriendos urbanos de vivienda, ya sea cualquier otro (cfr., art. 9.1.5.º LAT, sobre actualización de la retribución anual por los servicios prestados de mantenimiento).

⁸⁵ Dicha Directiva de 1994, advierte ya en su Exp. Motiv., «12. Considerando que la exigencia, por parte del vendedor, de pagos por anticipo antes de la expiración del plazo durante el que el adquirente pueda resolver el contrato sin alegar motivo, puede disminuir la protección del adquirente; que por lo tanto procede prohibir los anticipos antes de la expiración de dicho plazo». Y, luego, en su artículo 6 dispondrá: «Los Estados miembros establecerán en sus legislaciones medidas encaminadas a prohibir cualquier pago de anticipos por el adquirente antes del final del período de ejercicio del derecho de resolución contemplado en el primer guión del punto 1 del artículo 5».

⁸⁶ Además de conseguir el artículo 11 LAT la protección del adquirente, que no se ve coartado en el posible ejercicio de aquellas facultades resolutoria y de desistimiento, según PAU, A., *op. cit.*, p. 98; y MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 185, se simplifican las consecuencias ante los posibles desistimiento y resolución, pues no habrá en tales casos que devolver cantidad alguna, evitándose así la negativa o la demora en dicha devolución. En esta misma línea, COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 145 y 305; TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, p. 280; QUESADA, J. A. y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 363 a 365, enumerando éstos los pagos anticipados prohibidos o admisibles *ex artículo* 11 LAT (pp. 366 a 373); como prohibidos: cualquier pago, parcial o total, por el precio de los turnos, por las cuotas por servicios prestados y por las cuotas de intercambio —¿aunque se trate de un tercero, de una sociedad de intercambio?

el adquirente hubiera anticipado alguna cantidad al transmitente –dice el art. 11.2 LAT– tendrá derecho a exigir en cualquier momento la devolución de dicha cantidad duplicada, pudiendo optar entre resolver el contrato en los tres meses siguientes a su celebración o exigir su total incumplimiento» (cfr., arts. 1124, 1454 y 1895 CC)⁸⁷.

cualquier pago por una oferta o casi-regalo–; cualquier cantidad entregada para adquirir el derecho a los efectos del artículo 4.2 LAT; las arras, sobre todo –dicen– si son confirmatorias; los ingresos a cuentas corrientes; y los libramientos de letras de cambio, cheques o pagarés a la vista o a vencimiento por plazo inferior a aquel en que se puede desistir o resolver el contrato. Y, como pagos anticipados admisibles, citan los siguientes: el pago de gastos notariales y registrales; el libramiento de letras de cambio o pagarés (nunca los cheques, pues todos son a la vista) a vencimiento en plazo superior al que tiene el adquirente para desistir y para resolver –supuesto que incluso niega TENA ARREGUI (p. 281)–; y el pago de los prohibidos hecho a un tercero no vinculado con el transmitente profesional –lo cual, veremos en la siguiente nota, es discutible–.

⁸⁷ Por eso mismo no cabe ver como vía de escape a la Ley la expresión «*transmitente*» –introducida «con ánimo clarificador», decía, ¡paradojas de la vida!, la enmienda núm. 80 de CiU– varias veces empleada por el propio artículo 11 LAT, olvidando su *ratio* prohibitiva: dado que en su literalidad se prohíbe el pago adelantado por el «*adquirente*» –el arrendatario– al «*transmitente*» –en principio, al promotor-arrendador o al que participó profesionalmente en la cesión–, ¿cabría válidamente eludir dicha proscripción si el pago de la renta se realiza, desde un principio y sin atender a plazo alguno, a un tercero (v. gr., la propia empresa de servicios, en caso de existir, o un dependiente del promotor-hotelero autorizado para el cobro, o una entidad de crédito, ...)? Tal hipótesis, en sí, no es contemplada en la letra del artículo 11 LAT, lo cual sirve a MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 184; a HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *op. cit.*, pp. 3103 y 3104; y a QUESADA, A. J. y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 363, 377 y 378, para admitir como válido el adelanto dentro de los plazos de desistimiento y de resolución a un tercero (v. gr., fiduciario), desvinculado totalmente del transmitente profesional (art. 1.5 LAT), esto es, siempre que no sea su intermediario, su representante o una persona meramente interpuesta. Ahora bien, puesto que según la Directiva de 1994 la razón de esa prohibición es la «*protección del adquirente*», en cuanto usuario, y dado que en su artículo 6 sólo se habla de pago hecho por adquirente, omitiendo referencia a la persona que pueda recibirlo, ¿acaso no habrá, entonces, fraude a la ley (art. 6.4 CC)? Si se paga la renta por una persona interpuesta dentro de los plazos legales para desistir o para resolver el contrato que al arrendatario concede el artículo 10 LAT, se estaría eludiendo fraudulentamente la aplicación de una norma imperativa, la del artículo 11 LAT, y en cierta manera la del artículo 6 Directiva que sirve para interpretar aquélla, de modo que su sanción sería, precisamente por tratarse de un acto *in fraudem legis*, la aplicación de lo que se ha intentado evitar, en concreto el artículo 11.2 LAT en texto reproducido –aunque en él se emplee nueva e indebidamente la palabra «*transmitente*»–, dejando así en manos del arrendatario la subsistencia o no del propio contrato, quien en cualquier caso tendrá derecho a la restitución duplicada de lo anticipado dentro de aquellos plazos. En contra, QUESADA, J. A. y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*, creen que la intención del legislador español al introducir la expresión «*transmitente*» es restringir el contenido del artículo 6 Directiva. Pero, ¿cómo puede admitirse tal intención –a lo más, simple lapsus– cuando la Directiva constituye norma de mínimos protectora del adquirente que todos los Estados miembros han de respetar en su trasposición y posible desarrollo? Y no parece que deba temerse que el adquirente obre de mala fe pagando a un tercero para así beneficiarse luego de lo establecido en el artículo 11.2 LAT, como, en cambio, sí lo temen QUESADA y RUIZ-RICO (pp. 375 y 376), porque para que en efecto se estime que ha habido pago en algo ha debido intervenir el transmitente, bien autorizando a ese tercero a recibir el pago –aunque se trate de un simple *adiectus solutionis causa*– (art. 1162 CC), bien ratificando dicho pago u obteniendo una utilidad del mismo (art. 1163.2.º CC). Porque de lo contrario, no puede hablarse *stricto sensu* de pago hecho a un tercero.

3.2 LA CUOTA ANUAL COMO CONTRAPRESTACIÓN A LOS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS Y DE MANTENIMIENTO DEL INMUEBLE ARRENDADO

Hay otro concepto económico, diverso al de la renta en sentido preciso, pero tan esencial como ella, referido a los gastos por los servicios complementarios, de mantenimiento y limpieza prestados (art. 9.1.5.º LAT)⁸⁸, con independencia de que el arrendatario haga o no uso de su turno cuando le corresponda, y que la LAT trata de forma cogente para proteger al arrendatario en cuanto al conocimiento *ab initio* de esos otros gastos cuya retribución ha de asumir frente al promotor-arrendador, sea o no éste quien efectivamente preste aquellos servicios, y que, por eso mismo, constituye contenido necesario de la escritura reguladora del régimen, y del posterior contrato transmisivo (cfr., núms. 1.º, 4.º y 7.º del art. 5, núms. 5.º y 7.º del art. 9, aps. 1 y 3 del art. 13 y art. 16 LAT *versus* la simplicidad del art. 4 RD 297/1996, sobre inscripción de arriendos urbanos).

Tanto la fijación –o actualización en su caso– como el pago de tales cuotas –necesariamente respetuoso con el art. 11 LAT en caso de ser anticipado– serán anuales –aunque su efectivo vencimiento se fraccione por períodos inferiores al año–, siendo, pues, el cumplimiento de esta obligación de tracto sucesivo [cfr., arts. 8.2.h), 9.1.5.º, 13.1 y 14.1.II LAT]⁸⁹.

En cuanto a las pautas o reglas concretas para calcular la cuantía de tales gastos por los servicios y las instalaciones, tratándose de un complejo inmobiliario –edificio o urbanización– constituido o no en régimen de propiedad horizontal (cfr., aps. 1, 2 y 4 del art. 1 LAT y núms. 1.º, 2.º y 6.º del art. 5.1 LAT), sin necesidad de que se constituya si no lo está (arts. 1.4.III, 5.1.3.º y 6.1.II LAT), la distribu-

⁸⁸ Es más, desde hace tiempo se viene diciendo que el valor económico verdaderamente rentable en este producto turístico es el cobro de estas cuotas, más incluso que el de la renta o precio mismo del derecho-turno. Así lo advirtió la STJCE de 22 de abril de 1999. Curiosamente, en Alemania, explica SCHOMERUS, A., «Consideraciones acerca de la ley alemana...» en la obra colectiva *El aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles en Europa*, Madrid, 1999, p. 23, el arrendatario del goce por turno sólo asume los gastos de administración, pero no los de mantenimiento, salvo en estado de necesidad, en cuyo caso sólo abonará sus gastos una vez realizadas las obras de conservación o, en su caso, de reparación.

⁸⁹ Sobre el hecho de que la cuota es anual, *ex* artículos 8.2.h) y 9.1.5.º LAT, a pesar de que el artículo 13.1 pueda inducir a pensar en otra cosa, y sin que ello impida su fraccionamiento, COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 349 y 361; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, p. 213. Y por eso hay que matizar la afirmación de GÁLVEZ CRIADO, A., *op. cit.*, (Dir. RUIZ-RICO), p. 449, cuando dice que el pago de las cuotas correspondientes a los servicios prestados puede hacerse «con periodicidad mensual o anual según se haya pactado o de cualquier otra forma convenida». Tal vez el cumplimiento se pueda distribuir por períodos inferiores al año, pero la fijación habrá de hacerse, por imperativo legal, cada año.

ción de la retribución habrá de hacerse, conforme al artículo 5.1.3.º LAT, atendiendo a la «cuota que corresponda a cada turno –no a cada derecho, que puede comprender varios turnos, y que habrá de ser igual a los demás turnos en su duración (art. 1.3 LAT), aunque de posible desigual precio según el período del año, la temporada alta, media o baja con que coincida, y en cuya virtud, la de la renta correspondiente a cada turno, se fija aquella cuota [art. 8.2.h) LAT]– con relación al alojamiento si está previamente constituida la división horizontal –y así se sabrá la subcuota de participación en relación con los elementos comunes–, o con relación al total del inmueble, si no lo está», así como según el valor del propio mobiliario (cfr., arts. 5.1.3.º, 8.4 LAT, y 20.1.II y III LAU)⁹⁰. Por su parte, al no hacerse ninguna matización al referir la cuota al total del alojamiento o del inmueble –sometido éste en todo o en parte al régimen de arriendo por turno (art. 1.2 LAT)– en que aquél se ubique (*idem* art. 20.1 LAU), habrá que atender a su superficie total, y no simplemente a la útil.

Al no exigirse en la LAT una cuantía ya fijada desde un inicio, siendo posible establecer simplemente las bases para su posterior determinación, nada impide, incluso en el caso opuesto de concreción inicial de la cuantía, que durante cada año se actualicen tales gastos en su cantidad conforme a las reglas pactadas o según el IPC, sin que al respecto haya límite temporal alguno (*versus* art. 20.2 LAU). Así lo permiten en abstracto los artículos 8.2.f) y h), y 9.1.5.º LAT, prohibiendo, en concreto, esta última norma que la actualización anual de las cuotas sea decidida arbitraria y unilateralmente⁹¹.

⁹⁰ Comentando el artículo 5.1.3.º LAT, dice MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 115, que «esa determinación de la cuota tiene sentido si los titulares de esos derechos deben hacerse cargo de una serie de gastos comunes que se prorratearán de conformidad con ella», poniendo luego (p. 120), precisamente como ejemplo, el artículo 20 LAU, señalando que al titular del derecho, «seguramente, se le imputarán la totalidad de los gastos de suministro que tengan contador individualizado y que por tanto permitan establecer cuál ha sido su consumo durante su período de disfrute y la parte proporcional de los gastos de comunidad». Ya en la RDGRyN de 4 de marzo de 1993, sobre multipropiedad, se exigía, en su Fto. D.º 3.º, para su determinación jurídica, la fijación de los turnos –semanas–, decía–, su número, valor y tiempo de duración «a efectos de que sirva de módulo para determinar las cargas y beneficios por razón de la comunidad» que corresponde a cada titular.

⁹¹ Como ya exigió la RDGRyN de 1993, en su Fto. D.º 4.º, que «la determinación del precio de los futuros servicios prestados con este fin –de conservación y limpieza– no esté dejada al arbitrio de quien asuma la obligación de prestarlos». También el Anteproyecto LAT establecía un sistema de actualización en su artículo 16.2: «La sociedad sólo tendrá derecho a exigir anualmente a cada titular la cuota de la retribución global estipulada tres –doce, dirá el Proyecto LAT– meses antes del inicio del período respectivo y su importe será estabilizado en el día inicial de cada año según el IPC del año anterior. No obstante, la sociedad de servicios podrá aumentar las cuotas por encima del citado índice cuando las circunstancias extraordinarias hagan que, con el importe estabilizado de las mismas, los gastos de explotación no se cubran; y ello siempre que sometan tal aumento a arbitraje de consumo, previa notificación –fehaciente, con un mes de antelación, dirá el Proyecto– a los titulares

III. ELEMENTOS FORMALES

1. La previa constitución del régimen y la siempre posterior transmisión de cada derecho arrendaticio

1.1 LA EXIGENCIA DE CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA Y SU OBLIGADA INSCRIPCIÓN REGISTRAL: SU ESPECIAL IMPORTANCIA CUANDO EL GOCE POR TURNO ES ARRENDATICIO

Con la intención de establecer un previo control de legalidad, para así proteger al posible o actual adquirente del derecho-turno (cfr., el primer párrafo del ap. III de Exp. Motiv. LAT, y sus arts. 4.4, 6, aps. 1 y 2, 8.3 y 14.3), el artículo 4.3.I LAT ha impuesto la escritura pública como formalidad sustantiva o *ad solemnitatem* del régimen de goce periódico, y como obligatoria, aunque sólo con efectos declarativos, su inscripción registral: «*El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad*».

Esa trascendencia solemne de la escritura pública explica, a su vez, cuando el goce por turno sea arrendaticio, que el artículo 4 LAT, con las condiciones previas a la escritura que exige, y que el artículo 5 LAT, sobre el contenido mínimo necesario de la escritura misma, en cuanto normas jerárquicamente superiores –por ser legales– terminen igualmente imponiéndose, en su mayor amplitud en lo convergente y en sus indicaciones adicionales, sobre lo dispuesto en los artículos 3 y 4 RD 297/1996, sobre inscripción de arriendos urbanos. Ya quedó advertido, desde la RDGRyN de 4 de marzo de 1993, que el título constitutivo y regulador del régimen de goce periódico, para su formalización en escritura pública en aras de su inscribibilidad, debía responder a las exigencias de determinación jurídica y de viabilidad económica. A ambas, y con especial fundamento en la Directiva de 1994 (art. 4 y Anexo), responde ahora la LAT (cfr., arts. 5 y 6, sobre todo)⁹².

de derechos de aprovechamiento por turno». Dicho precepto, junto con los artículos 15 a 17 Anteproyecto, será finalmente suprimido por intromisión en materia de desarrollo normativo autonómico (así, enmiendas 46 y 86 de CiU, y 145, 168 y 169 de Coalición Canaria, todas ellas ante el Congreso); aunque nada impide, *ex* artículos 2.2 y 9.1.5.º LAT, que pueda resultar orientador para convenirlo.

⁹² La determinación jurídica, que es consecuencia del principio de especialidad, implica la observancia de los artículos 170 RN, 9 LH y 51 RH, sobre todo por lo que concierne a la descripción del objeto y a la delimitación del derecho. Por otra parte, pero muy

Asimismo, según el párrafo segundo del propio artículo 4.3 LAT, se erige en obligatorio lo que antes de la LAT era práctica habitual y, en cierto modo, aconsejable: la previa constitución del régimen, antes de proceder a la transmisión de cada derecho-turno; y se prohíbe, en cambio, bajo la sanción de nulidad por ser acto *contra legem* (art. 4.3.II en su remisión al art. 1.7 LAT), la simultaneidad de ambos actos, el constitutivo del régimen y el transmisivo de cada derecho. Ahora, *ex* artículo 4.3.II LAT, sólo cabe la previa constitución y posterior transmisión, no habiendo ya lugar a la simultaneidad⁹³. De ahí que hoy sólo quepa la creación unilateral, porque, como ya vimos, según el artículo 4.1 LAT «*el régimen de aprovechamiento por turno deberá ser constituido por el propietario registral del inmueble*»⁹⁴.

en conexión con la determinación jurídica, por cuanto afecta al contenido—activo y pasivo—del régimen, se encuentra la viabilidad económica, que, ya antes de la LAT, se traducía en la necesidad de fijar tanto el sistema de mantenimiento del inmueble, en cuanto derecho-obligación, como el régimen de gastos y precios a satisfacer por el mismo. Sí lo exigían, como explicamos en *RCDI*, 1996, p. 327, la RDGRyN de 1993 y la Directiva de 1994 en la letra g de su Anexo. Al igual que advertiremos sobre el contenido del contrato, no creemos oportuno hacer ahora un elenco detallado del contenido de la escritura del régimen. En su lugar, creemos preferible hacer tal referencia—escrituraria o registral— al hilo de cada elemento del régimen, como así lo hemos estado haciendo hasta ahora.

⁹³ Así, LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 90 a 92. Sorprende por ello que, frente a la claridad del precepto, SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), pp. 181 a 183, diga que el contrato celebrado antes de la constitución del régimen sea válido, aunque carezca de eficacia real, porque—dice— la remisión del artículo 4.3.II LAT al artículo 1.7 LAT, que se refiere—dice— a contratos celebrados fuera del ámbito de la LAT—no, sino contra ella—, ha de entenderse hecha no a la consecuencia de la nulidad, sino a la de la devolución de contraprestaciones e indemnización. Pero, nos preguntamos, ¿por qué esta aplicación sólo parcial de la sanción impuesta en el artículo 1.7 LAT por un acto *contra legem*, contrario al artículo 4.3.II LAT, si no *contra naturam* por estar cediéndose algo que aún no existe, o que a lo más sería un precontrato?

⁹⁴ Siendo, pues, la escritura pública constitutiva del régimen y siendo el propietario registral quien deba constituirlo, lógicamente habrá de ser, por principio, él quien otorgue dicha escritura (aps. 1 y 3 del art. 4 LAT). Además, «*al otorgamiento de la escritura pública deberá concurrir la empresa que haya asumido la administración y prestación de los servicios, salvo manifestación expresa del propietario de que son por él asumidos directamente*» (art. 4.3 LAT y, casi con idéntica redacción, el párrafo segundo del ap. III de su Exp. Motiv.). ¿Qué significa «concurrir»: verdaderamente consentir o meramente asistir? Tanto uno como otro sentido deben extrañar, aunque así no se lo parezca a MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 104; ni a LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 101 a 103, para quienes tal exigencia tiene justificación porque ratifica una vez más el carácter esencial de la prestación de los servicios complementarios como aspecto definidor del mismo derecho de aprovechamiento por turno. A nosotros, en cambio, sí nos extraña. Porque si, en virtud del artículo 4.1.c) LAT, como requisito previo a la constitución del régimen, es necesaria la celebración del contrato con la empresa de servicios (salvo que el dueño asuma la efectiva prestación de tal obligación), porque de lo contrario se deniegan escritura e inscripción (art. 4.4 LAT), ¿para qué la necesaria concurrencia de la empresa? ¿No bastaría con la exhibición del contrato o con su incorporación a la escritura pública y su archivo registral *ex* artículos 5, aps. 1.4.º y 2, y 6.3 LAT, como así preveía el Anteproyecto en el párrafo segundo del ap. III de su Exp. Motiv.? Quizás la Ley, al imponer dicha concurrencia de la empresa, quiera asegurar una declaración expresa acerca de la existencia del contrato de servicios y de la obligación que por él se asume, garantizando así la propia viabilidad del régimen. Sin embargo, esta posible interpretación se desvanece cuando para la modificación del régimen de aprovecha-

Una vez creado el régimen solemnemente, y antes de proceder a la transmisión de los derechos-turno, el propio artículo 4.3.I LAT exige la inscripción de aquél en el Registro de la Propiedad, aunque sólo con efectos declarativos (*vid.*, de nuevo, el inciso inicial del párrafo primero del ap. III de la Exp. Motiv. LAT)⁹⁵. Por eso, su

miento por turno ya constituido, necesitada igualmente de escritura y de inscripción, se requiere que a la iniciativa del dueño se sume, no sólo el consentimiento mayoritario de la comunidad de arrendatarios (de dos tercios, según art. 15.4.1.º LAT), sino también «*el consentimiento de la empresa de servicios*» (art. 6.4 LAT). ¿Por qué se exige su «consentimiento»? La empresa de servicios, aunque deba a favor de los titulares, está vinculada con el dueño-promotor, que es ante quien responde (art. 16 LAT). Ya, aunque sin éxito, CiU propuso en la enmienda 65 ante el Congreso la supresión de este consentimiento «porque no parece necesario el concurso de la sociedad de servicios, ya que el propietario, en este caso, es responsable de su prestación, independientemente de quien lo realice». Y no se piense que con dicho «consentimiento» se quiere proteger a la empresa para el caso en que la modificación del régimen implique la del propio contrato de servicios, primero porque las partes de este específico contrato son el dueño-promotor y la empresa, y, sobre todo, porque la modificación del contrato de servicios sólo cabe hacerla conforme a las diligencias específicas del artículo 6.3 LAT. Sólo acudiendo a la lógica, y con la intención de armonizar dos conceptos no siempre coincidentes («concurrir» y «consentimiento»), cabría ver en todo ello la exigencia de mera asistencia en la adopción de los diversos acuerdos. Entenderlo de otra forma podría llevar al absurdo, como así podría suceder en relación con los estatutos, que en principio sólo rigen la convivencia de los arrendatarios entre sí y con el arrendador; porque si fueron inicialmente establecidos por el promotor en la escritura (art. 5.1.5.º LAT), y luego se pretende su modificación, y así la del régimen (arts. 6.4 y 15.4.1.º LAT), ¿habrá de ser necesario el consentimiento de la empresa de servicios?

⁹⁵ Hay, no obstante, hoy quienes dicen que la inscripción, amén de obligatoria, es constitutiva del régimen (como la más vehemente defensora, COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, pp. 219 a 238). Nosotros, en cambio, creemos que la inscripción es sólo declarativa. Así lo defendimos y explicamos en AC, 1999, pp. 1456 a 1459, y en ello hemos insistido en una réplica, ante la crítica de COSTAS, publicada en *La Notaría*, 2002 (febrero), pp. 29 a 46. Baste aquí, en nota, con exponer el argumento principal de nuestra opinión: sólo el texto del propio artículo 4.3.I LAT, norma clave en este punto, y su génesis ofrecen la respuesta. Frente a la redacción del artículo 4.3 Anteproyecto LAT que, siguiendo fielmente la del artículo 4.2 Proyecto, proponía claramente la naturaleza constitutiva de la inscripción («*el régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble, que deberá constar en escritura pública, se constituirá mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad*»), el grupo de CiU propuso dos enmiendas ante el Congreso: en la primera, la núm. 43, sugirió introducir en la Exp. Motiv., –en sustitución de lo que se decía («la inscripción del régimen en el Registro se establece como constitutiva»)– que «la formalización del régimen en escritura pública se establece como constitutiva, y se impone como obligatoria su inscripción en el Registro de la Propiedad»; y en la segunda, la núm. 56, recomendó que el artículo 4.3.I LAT, en vez de «y se inscribirá», como dice ahora, dijese «y será obligatoria su inscripción», motivándolo «por considerar que el régimen de aprovechamiento por turno se constituye en el momento de su formalización en escritura pública, y no por la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad». En la redacción definitiva de la Ley sólo prosperará la primera de las enmiendas, con reflejo en la actual Exp. Motiv. (*vid.*, una vez más, el primer párrafo de su ap. III), siendo rechazada, en cambio, la segunda para adoptar la redacción transaccional que actualmente presenta el artículo 4.3.I LAT. Esta aceptación parcial no niega la motivación sostenida, sino que la ratifica, demostrando que ya la redacción presente del precepto sirve, por su propia claridad, como fundamento del carácter no constitutivo y sólo obligatorio de la inscripción: «y –una vez constituido el régimen en escritura pública– *se inscribirá*», dice la norma. Ciertamente, otras normas de la LAT han conservado la redacción originaria del Proyecto, cuando, en efecto, la inscripción era constitutiva del régimen, porque así lo expresaba claramente su artículo 4.3, desde el cual habían de interpretarse y coordinarse aquellos otros preceptos. Pero ahora, habiendo sido modificado el artículo 4.3 LAT, que es la clave, la norma eje por referirse directa y expresamente a la

inobservancia no supondrá la inexistencia del régimen, ni la nulidad radical que el artículo 4.3.II LAT impone para cuando se ceda un derecho sin estar previamente creado el régimen en escritura pública. Las únicas consecuencias del incumplimiento de la obligación de inscribir y de que aún así se comercialicen los turnos ya existentes, amén de la normal desprotección registral (arts. 17, 32, 34, 38 y 313 LH), serán: como efecto necesario, la no computación del plazo de duración del régimen de aprovechamiento por turno, y lo que ello supone en perjuicio del arrendador (art. 3.1 LAT)⁹⁶; y como efectos posibles, la imposibilidad de escriturar e inscribir el contrato de transmisión de los turnos (art. 14.3 LAT) o la modificación del contrato de arrendamiento de servicios (art. 6.3 LAT), y la posibilidad de extinguir –¡algo ya nacido y existente!–, por resolución, dicho contrato transmisivo a instancia unilateral del adquirente [cfr., art. 8, aps. 1.1.º, 3.º, 10.º, 11.º a), 2 y 5, art. 9, aps. 1, 1.º, 3.º, 10.º y 11.º, y art. 10.2 LAT]⁹⁷.

No todo está aún resuelto: la inscribibilidad de este régimen inmobiliario bajo el molde obligacional arrendaticio es incuestionable, en general porque aun siendo arriendo de servicios (hospedería), también es arrendamiento inmobiliario urbano (arts. 2.5 LH y 1 RD 297/1996, sobre inscripción de arriendos urbanos); pero, ¿es también incuestionable la exigencia constitutiva de escritura pública y la obligatoriedad de su inscripción, *ex* artículo 4.3.I LAT, cuando de arrendamiento-hospedaje por turno se trata? Hay quienes lo niegan⁹⁸. Nosotros lo afirmamos. La propia razón de protección del adquirente-consumidor, especialmente frente a los posibles abusos

creación del régimen, en el sentido expresado por la propia Exp. Motiv. LAT, la lectura e interpretación de los demás preceptos «satélites» que, directa o indirectamente (a veces por remisión expresa; *v. gr.*, art. 6.4 LAT), se refieren al artículo 4.3 LAT, ha de hacerse desde la nueva redacción y espíritu que éste ahora presenta, y no desde el que en un principio se le pretendió dar. No cabe, *a contrario sensu*, como, en cambio, sí hace COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 222 ss., una interpretación del artículo 4.3 LAT a partir de aquellos otros. Es el artículo 4.3 LAT, ningún otro, la norma eje sobre la constitución del régimen de aprovechamiento por turno. A lo más, lo criticable es que con él no haya sido también modificada la redacción de algunas de esas otras normas.

⁹⁶ Lo cual, dicen con razón, PAU, A., *op. cit.*, p. 27; LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 81 y 82; y MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, p. 179, es un vestigio de cuando la inscripción del régimen en el Anteproyecto era constitutiva.

⁹⁷ Coincidimos, pues, con MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 49, 110, 111 y 128; y con TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 238 y 239, para quienes la escritura pública es constitutiva del régimen y la inscripción registral *conditio sine qua non*, dice MUNAR, para la comercialización de los derechos-turno ya creados. En contra, y más favorable a una indemnización por daños y perjuicios, SABORIDO SÁNCHEZ, P., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), pp. 189 y 190, porque aplicar el artículo 10.2 LAT para cuando no hay inscripción supondría, dice, «que la falta de inscripción caracteriza al contrato como carente de circunstancias informativas». Pero es que de esto se trata.

⁹⁸ FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, p. 1833, dirá que la inscripción es voluntaria por aplicación preferente de la LAU y del artículo 2.5 LH sobre la LAT *ex* artículo 1.6 LAT.

del promotor, que según el primer párrafo del ap. III de la Exp. Motiv. LAT ha motivado la necesidad de aquellas solemnidades, sin detenerse en cuál sea la naturaleza, real o personal, del goce por turno a crear, es trasladable, como el propio artículo 4.3.I LAT al que motiva, al caso en que el aprovechamiento por turno sea arrendaticio⁹⁹. Así lo prueba el rechazo, en la tramitación parlamentaria de la LAT, a la enmienda núm. 160 de Coalición Canaria ante el Congreso que, refiriéndose a la constitución del régimen, amén de proponer la concurrencia constitutiva de escritura e inscripción, pretendió limitar tales exigencias a la fórmula jurídico-real, para así excluirlas de la configuración arrendaticia¹⁰⁰. Al legislador de la definitiva LAT lo que le interesa es proteger a ultranza al adquirente del derecho-turno, aunque sea un arrendatario-huésped; *rectius*, máxime si se trata del arrendatario, pues siendo su derecho naturalmente eficaz *inter partes*, mediante su escrituración y posterior inscripción se «realifica» en su oponibilidad, siendo así eficaz *erga omnes*, frente a terceros adquirentes del inmueble o de otros derechos-turno (cfr., arts. 1280.2.º, 1549 y 1571 CC). Y no cabe, por supuesto, entender que la aplicación del artículo 4.3 LAT al arrendamiento por turno es *contra naturam suam*, sino todo lo contrario, máxime cuando el acceso registral de este derecho personal cuando recae sobre un inmueble y sin requisito adicional de duración o de anticipo de rentas es ya un hecho (cfr., art. 2.5 desde LH de 1861 hasta su vigente redacción *ex disp. adic. 2.ª LAU*). Como especialidad frente al régimen común –civil e hipotecario– sobre inscripción de arriendos, la LAT habilita, imponiéndola, la inscripción del régimen arrendaticio por turnos y con el límite de duración mínima de tres años (arts. 1.6 y 3.1 LAT)¹⁰¹.

⁹⁹ Según RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 117, el artículo 4.3 LAT es aplicable al régimen de goce por turno arrendaticio «pues ese régimen nace con vocación de extenderse a terceros futuros, cuyo conocimiento del mismo será imprescindible para su vinculación a las reglas creadas».

¹⁰⁰ La propuesta contenida en esa enmienda, modificativa del artículo 6.1 Proyecto LAT, era la siguiente: «El régimen de aprovechamiento por tiempo compartido de un inmueble, bajo fórmula jurídico-real requerirá para su constitución además del otorgamiento de la escritura pública a que se refiere el artículo anterior, su inscripción en el Registro de la Propiedad». Y se justificaba diciéndose: «Se trata de adecuar el sistema de protección a los criterios previstos en esta Ley, de permitir la opción entre fórmulas jurídico-personales o reales con las distintas consecuencias que desde el punto de vista registral se produciría de adoptar una u otra».

¹⁰¹ No hay en ello originalidad de la LAT, porque hace tiempo ya la Ley griega de 1986, sobre multiarrendamiento, así lo había previsto, en sus artículos 2, 6.1 y 7: escritura pública constitutiva e inscripción registral obligatoria de todo su contenido, aunque con los inconvenientes de mantener su eficacia relativa y de cumplir para su inscripción el requisito de duración mínima de nueve años exigida, no por esa Ley, sino por el artículo 618 CC griego.

Esta *ratio* del artículo 4.3.I LAT explica, a su vez, que el ingreso registral del régimen arrendaticio por turno sea íntegro, con todo el contenido que presente su título escriturado, incluidos, en su caso, los propios estatutos (cfr., arts. 5.1.5.º y 6.1.I LAT), cuando así hayan sido establecidos por el promotor o por los propios arrendatarios¹⁰², quedando así asegurada, también para los estatutos, su plena eficacia *erga omnes*, frente a todo tercero (arts. 32 LH y 5.2 LPH)¹⁰³; primero, mediante la incorporación de los estatutos a la escritura pública, con la que, sin autonomía ni independencia alguna, forma un todo unitario y homogéneo (cfr., arts. 5.1.5.º, 6.1 LAT, 8.4.º LH, 5.2 LPH, 37.II LAU, y 4 RD 297/1996, que dice: «*se harán constar en éste –el título elevado a escritura pública– las demás cláusulas que las partes hubieren libremente acordado*»); y, en segundo lugar, porque, incluso en cada contrato de transmisión de cada arriendo por turno, «*las cláusulas estatutarias inscritas figurarán como anexo inseparable suscrito por las partes*» (art. 9.2 LAT)¹⁰⁴. Por estas razones, el estatuto entero, con todo su contenido, con todas sus cláusulas y pactos *secundum legem* (ex arts. 2.1, 5.1.5.º y 6.1.I LAT)¹⁰⁵, podrá ingresar en el Registro de la Propiedad, aunque algunos

¹⁰² Al respecto, en cuanto al sujeto otorgante de dichos estatutos, combinando los artículos 5.1.5.º y 15.4 LAT, que han de complementarse entre sí, el arrendador para constituir el régimen en escritura ha de prever necesariamente, ex artículo 15.4 LAT, la creación de una comunidad, de una especie de junta de arrendatarios y, sólo voluntariamente, podrá ya establecer en ese mismo momento constitutivo unos estatutos que regirán dicha comunidad («*en su caso, los estatutos...*», dice el art. 5.1.5.º LAT). De no hacerlos él mismo, podrán ser luego los arrendatarios, reunidos en junta y sin necesidad de contar con el arrendador –«*libremente*», dice el art. 15.4 LAT–, los que acuerden, por mayoría simple ex artículo 15.4.2.º LAT, el contenido de tales estatutos y así, en caso de que deseen modificarlos. Ahora bien, si los estatutos fueron establecidos al principio por el dueño-promotor y luego la comunidad de titulares desea modificarlos, dado que ello, en cierto modo y aunque sólo en parte, supondría la modificación de la escritura constitutiva y reguladora del régimen, por la inclusión de los estatutos como parte de su contenido (art. 5.1.5.º LAT), la alteración de los originarios estatutos no podrá ser realizada únicamente –«*libremente*», diría el art. 15.4 LAT– por los arrendatarios, sino que, conforme al artículo 6.4 LAT, se requeriría la mayoría de dos tercios de los arrendatarios (art. 15.4.1.º LAT al que aquél se remite) y el consentimiento del dueño-arrendador. Así lo entienden, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 117; y LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 135 y 136. Así también, aunque sin creer que la modificación de los estatutos implique la del régimen, COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 247 y 394 a 396, para quien no es necesario, por tanto, el consentimiento del dueño, sino sólo el de la mayoría cualificada de los dos tercios de titulares, fundamentando tal afirmación en el artículo 15.4.1.º LAT vs artículo 17.1.º LPH, que requiere la unanimidad.

¹⁰³ En contra, PASTOR VITA, J., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 209, sólo admite la inscripción de los estatutos del artículo 15.4 LAT, negándola para los del artículo 5.1.5.º LAT por carecer éstos, dice, de trascendencia real en todo caso. Olvida, sin embargo, que como contenido del contrato, el artículo 9.2 LAT se refiere a «*las cláusulas estatutarias inscritas*» sin distinción ninguna.

¹⁰⁴ Así también lo creen LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 138 y 139; y COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, p. 288, aunque, como advierte LORA-TAMAYO, esa constancia como anexo del contrato no condiciona la eficacia *erga omnes* de los estatutos, pues éstos ya constan inscritos como parte o contenido de la escritura pública inscrita.

¹⁰⁵ Tal vez sea necesario aclarar que, aunque tales normas citadas en texto se refieren a «*la presente Ley*» (arts. 2.1, 5.1.5.º y 6.1.I LAT), los estatutos han de ser en general con-

fuera de él pudieran tener un carácter simplemente obligacional. Así, aunque pueda sorprender, parece aconsejarlo el espíritu contenido en la LAT que sobre esta materia no hace distinción según la naturaleza jurídica –real o personal– del aprovechamiento por turno.

1.2 LA NECESARIA FORMA ESCRITA DEL CONTRATO TRASLATIVO DEL DERECHO-TURNO, Y LA VOLUNTARIEDAD DE SU ESCRITURACIÓN E INSCRIPCIÓN

La exigencia de forma escrita del contrato por el que se transmite profesionalmente un derecho-turno, contenida en el artículo 9.1 LAT («deberá», dice) por mandato del artículo 4 Directiva, es evidentemente una excepción al principio espiritualista del artículo 1278 CC. En este sentido, también el artículo 37.I LAU, fiel trasunto transaccional del CC, cede en su aplicación ante el artículo 9.1 LAT que, en cuanto a la forma que debe presentar el contrato transmisor de derechos-turno, con independencia de su concreta naturaleza jurídica –«real o personal», dice en su núm. 2.º–, no deja margen de libertad a las partes, a diferencia de lo que dispone el artículo 37.I LAU¹⁰⁶.

La razón seguramente que sustenta esta excepcional formalidad sea el marco, turístico y de consumo, en que se desenvuelve el goce por turno de la LAT: como garantía del adquirente (arrendatario) en cuanto consumidor para que el contrato, generalmente de adhesión y con condiciones generales, contenga todas las menciones que el

formas a la ley imperativa (ex arts. 6.3 y 1255 CC), que, aunque diversa de la LAT, sea aplicable al arriendo por turno por su no exclusión dentro de la propia LAT (v. gr., LAU, CC, y LPH en virtud de sus arts. 5 y 6). Fuera de dicho límite, el contenido de los estatutos, por aplicación analógica de los artículos 5 y 6 LPH –aplicables ambos ex art. 15.4.5.ª LAT, que no hace distinción entre estatutos y reglamento de régimen interno–, y en virtud de la autonomía de la voluntad, puede ser relativamente amplio, como iremos viendo en cada lugar oportuno [vid., listado de cláusulas estatutarias de HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *op. cit.*, pp. 434 ss.; COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, pp. 216 y 390; LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 136 y 137; y PASTOR VITA, J., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 208, quienes curiosamente en esa enumeración hacen a veces referencia a obligaciones del arrendatario según LAU y CC].

¹⁰⁶ Así lo advierten COSTAS, L., *op. cit.*, p. 439; y MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, p. 172, afirmando COSTAS que esa exigencia de forma escrita no es en absoluto contraria a la naturaleza jurídico-personal del arriendo. A idéntica conclusión llega FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *op. cit.*, pp. 1843 y 1844, pero contradiciéndose: tras decir (p. 1833), que la inscripción del arriendo por turno es voluntaria por aplicación preferente de la LAU y del artículo 2.5 LH sobre la LAT ex artículo 1.6 LAT, luego dice que la forma escrita del contrato de cesión es obligatoria y *ad substantiam* ex artículo 9 LAT que prevalece, en la antinomia, sobre el carácter voluntario y *ad probationem* del artículo 37 LAU. Acerca de la lengua en que debe ir redactado el contrato (art. 9.3 LAT y disp. adic. 2.ª II LAT, modificados por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales), véase, entre otros, los comentarios de MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 161 a 165; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 288 a 294; SILLERO, B., y DE LA FUENTE, M. S., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), pp. 297 a 299; y de TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 253 a 256.

artículo 9 exige en su mismo ap. 1 *in fine*, núms. 1.º a 11.º (cfr., arts. 8.2 y 9.2 LAT y art. 10 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en las compraventas y arrendamientos); máxime cuando hay datos a constar en el contrato que, amén de ser esenciales en cualquier contrato arrendaticio (duración, renta –cfr., arts. 1543, 154 y 1581 CC, 9.1.5.º y 10.º LAT, y 15 y 16 RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre viviendas vacacionales–), condicionan la viabilidad del derecho mismo y la protección del arrendatario (*v. gr.*, la fecha de celebración del contrato –art. 9.1.1.º LAT–, para así conocer el *dies a quo* desde el que computar los plazos para desistir o para resolver el contrato *ex art.* 10 LAT)¹⁰⁷. Esto mismo explica que el artículo 9.1 LAT, junto con el artículo 8 LAT, referido éste al contenido del documento informativo previo a la transmisión, deje sin aplicación, impidiéndola, lo dispuesto en la LAU. En aquél se recogen las circunstancias previstas en el artículo 37.II LAT, pero lo hace de forma más ambiciosa por su mayor amplitud y precisión a la vez¹⁰⁸.

Pero, ¿cuál es el alcance de esa obligatoria forma escrita del contrato? En principio, la LAT no establece sanción expresa por la inobservancia de la forma escrita¹⁰⁹, sino para el caso en que el contrato no contenga las circunstancias requeridas por el artículo 9.1 LAT: desde una perspectiva formal, el artículo 14.3 LAT impide que el contrato se eleve a escritura pública para posteriormente inscribirse en el Registro de la Propiedad; y, desde un punto de vista sustancial, el artículo 10.2 LAT faculta al arrendatario para resolver el contrato –facultad que, no por casualidad, ha de mencio-

¹⁰⁷ Al respecto, cfr., el párrafo noveno del ap. I de la Exp. Motiv. LAT y los artículos 8.2.j), 9.1.6.º y 10, aps. 1 y 2.1 LAT. A la vista de tales normas, QUESADA SÁNCHEZ, A. J., y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 314 a 318, creen que realmente el contrato no se perfecciona hasta el transcurso de esos diez días desde la fecha de celebración del contrato y en tanto el desistimiento no haya sido en efecto ejercitado. Olvidan, no obstante, que el propio artículo 10.2 LAT se refiere a las posibilidades, según cada caso, de resolver y de anular el contrato, lo que presupone su preexistencia. También se apoyan aquellos autores en el artículo 11.1 LAT para entender que el contrato aún no se ha perfeccionado, porque, según ellos, se prohíbe el anticipo, entre otras razones, porque no es posible exigir el cumplimiento de un contrato aún no perfeccionado. Amén de que las razones del artículo 11.1 LAT –ya vistas– sean otras, desmiente por sí sólo esa afirmación el hecho de que el propio artículo 11.2 LAT prevea la resolución del contrato –ya existente– si en efecto se paga anticipadamente dentro del plazo para desistir o para resolver *ex artículo* 10 LAT.

¹⁰⁸ Así también opina COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, p. 439. No es éste, creemos, el lugar donde hacer referencia al contenido preciso de este contrato, sino donde se estudien específicamente sus elementos, como así hemos venido haciendo hasta ahora.

¹⁰⁹ Lo cual para COSTAS, L., *op. cit.*, p. 281, supone haber incumplido el mandato de la Directiva. Sin embargo, como advierte LETE ACHIRICA, J., *op. cit.*, p. 194, la Directiva, si bien ha optado por la obligatoriedad de la forma escrita, no ha establecido una sanción concreta ante su inobservancia; lo cual, en opinión de SILLERO, B., y DE LA FUENTE, M. S., *op. cit.* (Dir.), p. 295, nota (26), es lógico por ser la Directiva una norma de mínimos.

narse en el contrato (art. 9.1.6.º LAT)– si el documento informativo previo a la celebración del contrato o ya el posterior contrato de transmisión del derecho-turno no comprende algunos de los datos que la Ley exige (arts. 8 y 9 LAT), o si, conteniéndolos todos, desvirtúa su veracidad o existe discordancia –no consentida, ni advertida previamente (art. 9.4 LAT)– entre la oferta y el contrato, en cuyo caso el propio artículo 10.2 LAT, en su segundo párrafo, permite además que el arrendatario interponga acción de nulidad *ex* artículo 1300 y ss. CC¹¹⁰. Todo, sin que se le pueda exigir por ello al arrendatario indemnización o pena alguna. Siendo esas las consecuencias, ¿no implica todo ello la exigencia, como constitutiva, de la forma escrita? ¿Dónde, si no, constan aquellos datos que configuran el derecho arrendado? Forma escrita y menciones mínimas del contrato son aspectos que se encuentran indisolublemente unidos a fin de dotar de protección al adquirente. La forma escrita del contrato arrendaticio por turno es, *ex* artículo 9.1 LAT *vs* artículo 37.I LAU, obligatoria y *ad solemnitatem*, lo que convierte dicho contrato en formal, de modo que su ausencia, por inobservancia del imperativo artículo 9.1 LAT, supondrá la nulidad del contrato *ex* artículo 1.7 LAT¹¹¹.

Por supuesto, y aunque en la tramitación de la LAT la enmienda núm. 25 de IU intentase sin éxito lo contrario, como voluntarias quedarán en todo caso la posibilidad de que el contrato se celebre directamente ante notario, si a ello se obligan las partes (arts. 1279 CC, 10.3.II y 14.2 LAT), y la hipótesis de que, tras ser escrito el contrato (documento privado), se eleve a escritura pública y luego se inscriba en el Registro de la Propiedad, sin distinción por la naturaleza del derecho-turno y con los requisitos de duración –mínima y máxima– y de anticipo de. Al menos, algunas rentas *ex* artículo 1.6 LAT si es el arriendo por turno, porque así lo impone la LAT (arts. 9.1, núms. 5.º *in fine* y 11.º, 14.1 y 15.3 LAT, 2.5 LH, 1279 y 1280.I.2.º CC); y ello sin que en ningún caso haya que esperar el transcurso de los plazos

¹¹⁰ Para más detalles al respecto, PASTOR, J., y SANCHO, L., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), pp. 194 a 197 y 217; LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 122 y 123.

¹¹¹ Así lo cree, aunque sin apoyarse expresamente en el artículo 1.7 LAT, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 153. Otros autores, en cambio, defienden la posibilidad de resolución del contrato no escrito *ex* artículo 10 LAT, aunque –como advertimos antes en texto– en tal precepto no se contempla la falta de forma escrita, sino la ausencia de alguna de las menciones mínimas del artículo 9 LAT. Así lo creen, BERCOVITZ, R., en su Prólogo a COSTAS (pp. XV y 282); y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, p. 23, considerando que es aplicable el artículo 1279 CC –¿*vs* art. 9.1 LAT?–. En el mismo sentido, mas apoyándose en el más general artículo 1124 CC, SILLERO, B., y DE LA FUENTE, M. S., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), pp. 295 y 296. Pero de ser esa la sanción, el valor solemne y formal del contrato escrito y su repercusión en relación con el artículo 10 LAT serían pura ilusión: ¿desde cuándo se computarían los plazos para desistir o para resolver el contrato si no hay constancia escrita de su fecha de celebración?

de desistimiento y de resolución del artículo 10 LAT¹¹²: primero, porque dicha espera, propuesta en la tramitación parlamentaria de la LAT, fue rechazada¹¹³; segundo, porque se ha celebrado ya el contrato, cuya fecha de celebración, y no la de su posible escrituración o inscripción, es la que marca el *dies a quo* en el cómputo de los plazos para desistir o para resolver el contrato (arts. 9.1.1.º y 10.1 LAT), y, sobre todo, porque el propio artículo 10.3.II LAT se refiere al desistimiento del contrato cuando éste se ha celebrado directamente ante notario, permitiendo –que no ya exigiendo– que en tal caso que el desistimiento se haga en acta notarial (art. 14.2 LAT)¹¹⁴.

2. A modo de cuestión adicional, por su singularidad cuando el aprovechamiento por turno es arrendaticio. Aspecto organizativo de la publicidad registral. La necesaria pluralidad de folios reales y su coordinación con el principio de especialidad

Tan impecable y fundada en razones de claridad era la técnica registral piramidal propuesta ya antes de la LAT para la multipropiedad¹¹⁵ que, con sólo dos normas (arts. 6.1.II y 14.1 LAT), y sin

¹¹² En contra, proponiendo la espera, por lo menos, del primer plazo de diez días para desistir, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 52; SILLERO, B., y DE LA FUENTE, M. S., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 309.

¹¹³ Tanto el artículo 13.1 *in fine* del Anteproyecto LAT, como el artículo 14.1 Proyecto LAT decían: «El contrato sólo podrá elevarse a escritura pública una vez transcurridos los diez días que para el desistimiento dispone el adquirente sin haberlo ejercitado». Frente a esa disposición, la enmienda 83 de CIU ante el Congreso propondría, con aceptación, su supresión, justificándola así: «Al igual que el contrato puede hacerse –desde un primer momento– en escritura pública, también debe permitirse que se eleve a escritura pública dentro del plazo de diez días de reflexión, sin perjuicio de la facultad de desistimiento durante dicho período».

¹¹⁴ Así también opina HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *op. cit.*, p. 3101, apoyándose en dicho artículo 14.2 LAT. Y para su justificación, *vid.*, el párrafo tercero del ap. III de la Exp. Motiv. LAT. En su relación definitiva originaria, los artículos 10.3 II y 14.2 LAT exigían que el desistimiento se hiciese en acta notarial. Ahora, tras ser modificados ambos por la Ley 14/2003, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, el acta notarial de desistimiento es voluntaria, potestativa.

¹¹⁵ Antes de la LAT (*vid.*, entre otros, nuestro trabajo de RCDI, 1996, pp. 340 a 348), tanto los borradores de multipropiedad –mediante la modificación del art. 8 LH– (arts. 8 B-88, 7, 51 y disposición adicional 1.ª B-89; 5.2, 52.3 y DDAA 1.ª y 3.ª B-91, y art. 28 y DDAA 1.ª y 2.ª B-94), como la aplicación analógica de los artículos 8.5 LH, 66 y 68 RH, y de la RDGRyN de 2 de abril de 1980 (sobre urbanizaciones privadas), aconsejaban –como algo voluntario por depender de la voluntad del registrador– la pluralidad de los folios registrales interconectados por notas marginales de referencia para la inscripción de esta figura –lo que en RCDI, 1996, p. 348, y en AC, 1999, p. 1468, denominamos un sistema piramidal–: de un lado, por la existencia de una pluralidad de objetos, los derechos-turno, susceptibles de disposición y negociación separada e individual, que podían ser gravados o transmitidos por sí solos y con independencia de los demás derechos-turno –de ahí la conveniencia de abrir un folio real propio y separado para cada derecho, incluso para cada turno, que de esta forma se convierte en finca registral, que en este ámbito formal no es sino todo aquello que abre folio real–; y, de otro lado, por la propia claridad registral, para evitar la sobrecarga de asientos registrales en un mismo y único folio registral.

tener que modificar el artículo 8 LH, la LAT la impone como necesaria para el aprovechamiento por turno, sin dejar ya siquiera iniciativa propia al registrador, pudiendo tratarse de un sistema de triple folio, si es un edificio (un folio para el edificio, otro para cada alojamiento y otro para cada turno), o cuádruple, si es un conjunto inmobiliario mayor (un folio para el conjunto, otro para el edificio, otro para cada alojamiento y otro para cada derecho-turno).

Una vez constituido el régimen e inscrito, dice el artículo 6.1.II LAT, «*si al inscribir en el Registro mediante la escritura reguladora no constaren como fincas registrales independientes los distintos alojamientos destinados a aprovechamiento por turno* –por no estar previamente constituida la propiedad horizontal (cfr., art. 8.5.º LH)–, *el registrador les abrirá folio* –propio y especial, como obligatorio vs la voluntariedad reglamentariamente dispuesta por el art. 6.2 RD 297/1996, sobre inscripción de arriendos urbanos–, *aunque en la escritura no se haga división horizontal* –de ahí la innecesidad de cambiar la redacción del artículo 8 LH, por no ser necesaria hacer dicha división¹¹⁶– *del inmueble* –edificio o conjunto inmobiliario, debiera decir, que como finca matriz cuenta con su propia hoja registral al ya estar previamente inscrita (ex art. 4.1 LAT)–»¹¹⁷. Sólo cabría añadir al artículo 6 LAT, ex artículo 6.2 in fine RD 297/1996, sobre inscripción de arriendos, la necesidad de que en cada uno de los folios filiales, relativos a cada uno de los alojamientos, se haga nota marginal de remisión a la hoja principal de la hoja madre, pues en ella consta con detalle la reglamentación del régimen constituido; y a la inversa también (nota marginal en el folio principal de referencia a las hojas filiales), para que así haya interconexión, relación de hojas en ambas direcciones.

¹¹⁶ En efecto, poco importa que el inmueble donde el alojamiento se incardina esté o no constituido en régimen de propiedad horizontal, de modo que, no estándolo, el registrador, para viabilizar la apertura de folios filiales para cada piso, no tendrá ex artículo 8.5 LH que constituir de oficio tal régimen, ni, por supuesto, aunque lo omita el artículo 6.1 LAT, habrá que proceder a la segregación de la finca (art. 6.2.I RD 297/1996, sobre inscripción de arriendos urbanos); precisamente porque será supuesto general, a la vista de la LAT, que el constituyente del régimen sea el dueño-registral único de dicho inmueble [cfr., entre otros, los arts. 2.1, 4.1, 5.3.II, 9.1.9.º a), 16 y disp. trans. 2.º.2.I in fine LAT]. Tampoco la remisión que el artículo 6 LAT hace al artículo 5.1.3.º LAT sobre circunstancias a expresar, entre ellas las cuotas, exige esa previa división horizontal. Porque el propio artículo 5.1.3.º LAT distingue –como vimos– según la cuota se corresponda «con relación al alojamiento, si está previamente constituida la división horizontal», o, en cambio, se fije «con relación al total del inmueble, si no lo está».

¹¹⁷ «Al hacerlo –sigue diciendo–, deberá expresar, en cada uno de ellos –los folios reales de cada alojamiento–, los turnos y demás circunstancias –número, duración y cuotas– a que se refiere el –art. 5.1.3.º LAT–»; y es que los demás datos, requeridos por el artículo 5.1 LAT, constarán ya, como contenido de la escritura del régimen, incluidos en su caso los estatutos, y los posibles elementos comunes, en el folio registral de la finca matriz, en la hoja real del edificio o conjunto inmobiliario en que los alojamientos –con su mobiliario– se encuentran (cfr., arts. 84.III y 5 LH y 6.1 LAT). Así lo explicábamos ya en nuestro trabajo (RCDI, 1996, pp. 330, 333 y 334).

No obstante, tratándose del goce por turno arrendaticio, habrá un caso en que no pueda aplicarse el artículo 6.1.II LAT, ni siquiera el artículo 6.2 RD en cualquiera de sus párrafos: cuando el arriendo por turno recaiga sobre un alojamiento determinable, variable o flotante, lo cual sustancialmente es permitido por el artículo 1.6 LAT. La exigencia registral de la especialidad impedirá no sólo la inscripción separada en hoja propia, sino también el hecho mismo de la inscripción en sí de los contratos arrendaticios que versen sobre alojamientos flotantes, sin que ni siquiera pueda practicarse al amparo del artículo 6.2.I RD, mediante asiento registral en el mismo folio real de la finca matriz, del inmueble en que se ubique aquel alojamiento, pues éste no está en sí mismo determinado (cfr., arts. 6.2.I *in fine* RD y 9.1 LH) ¹¹⁸.

Junto a la apertura de hoja real a cada alojamiento, según el artículo 14.1.I LAT (modificado por el artículo 73.8 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales), «*la adquisición y transmisión de derechos –reales o personales (art. 15.3 LAT)– de aprovechamiento por turno podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre que el contrato se haya celebrado o formalizado mediante escritura pública y el registrador abra folio porque así deberá hacerlo* ¹¹⁹– *al turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión, quedando siempre a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria –de nuevo, el respeto al art. 8 LH* ¹²⁰–»; y, habría que añadir, extendiendo una nota al margen donde se remita y refiera al folio del alojamiento sobre el que recae y a la inversa para que el reenvío sea recíproco y, por ende, la conexión total. Porque si bien para la escrituración e inscripción del contrato transmisivo del derecho-turno, éste ha de contener las circunstancias que exige el artículo 9.1 LAT (*vid.*, art. 14.3 LAT), conviene

¹¹⁸ MÚGICA ALCORTA, E., «Organización registral de la multipropiedad. Unidad o pluralidad de folio registral», en *BCRE*, 1999, p. 2086, dice: «el artículo 1.6 LAT permite que en la modalidad arrendaticia no sean determinadas, sino determinables, tanto el período como el alojamiento dentro de un edificio o conjunto inmobiliario... en el segundo caso, alojamiento determinable, es difícil concebir la apertura de folio cuando la finca principal no está determinada». ¡Y tanto! Tan difícil que, en verdad, será imposible.

¹¹⁹ Cierto es que la formalización en escritura notarial y la inscripción registral de los contratos de cesión de los derechos-turno son voluntarias (los ya vistos arts. 9.1.5.º y 11.º, 14.1 y 15.3 LAT), pero si se decide hacerlas (arts. 9.1.11.º y 15.3 LAT, prevén la iniciativa del adquirente o cesionario), entonces, *ope legis* (ex art. 14.1 LAT), será obligatoria la apertura de folio especial al derecho-turno, o a cada turno del derecho, transmitido y adquirido.

¹²⁰ Y dicen RUIZ-RICO, J. M. (Dir.) y CARRASCO, C., *op. cit.*, pp. 412 y 413, que es una excepción al artículo 7 LH por ser la primera inscripción de un derecho distinto del dominio. En parte esto es cierto, aunque conviene no olvidar que por el sistema de inscripción piramidal los folios de los derechos-turno son derivación del folio madre en el que sí consta la propiedad del inmueble.

igualmente que en su documento notarial y, sobre todo, en su asiento registral se haga referencia del régimen al que pertenece y que lo regula con detalle ¹²¹.

Ni que decir tiene que el artículo 14.1.I LAT es sin duda aplicable al derecho-turno con naturaleza jurídico-personal, la arrendaticia, aunque el artículo 6.2 RD 297/1996 no prevea con alcance general la apertura de folio real autónomo al derecho arrendaticio, o a los turnos arrendaticios, como finca registral propia y diversa de la del inmueble sobre el que recae: primero, porque el artículo 15.3 LAT prevé expresamente y con ámbito general la inscripción del derecho arrendaticio al hablar del «*derecho personal*» de goce por turno (conforme a los arts. 2.5 LH y 1 RD), y en particular, aunque implícitamente, también prevé la inscripción de cesiones y subarriendos (conforme a los arts. 2.5 LH, 13 RH y 5 RD), aplicándose normativa y reglas hipotecarias en principio sólo pensadas para los derechos reales, pero aplicables también al arriendo por pura lógica registral de tracto sucesivo (*v. gr.*, art. 312 RH); y, sobre todo, por la propia amplitud redaccional intencionada del artículo 14.1.I LAT, en el que se ha suprimido la referencia a la adquisición y transmisión de derechos «reales» de aprovechamiento por turno, que se hacía en sus versiones originarias (arts. 13.1 Anteproyecto y 14.1 Proyecto) ¹²².

¹²¹ ¿Procedería también esta mecánica registral al inscribir la escritura constitutiva del régimen y antes de ceder en particular cada derecho-turno? Sí, porque lo único que la Ley prohíbe, bajo la sanción de nulidad, es que la transmisión de derechos se haga antes –o, si se apura, a la vez– que la constitución del propio régimen (art. 4.3.II LAT). Puede, así, sostenerse como hipótesis en general viable la de inscribir cada derecho constituido tras haber abierto folio a la finca matriz y a cada uno de los alojamientos en particular, aunque con dos peculiaridades: de un lado, no habiéndose podido aún ceder los derechos-turno a terceros según última norma citada, en el folio de cada turno aparecería como su titular el propio dueño de todo el inmueble sometido al régimen, sin que por ello haya confusión de titularidades –dominical y arrendaticia– (cfr., art. 1.4.III LAT); y por otro, puesto que este caso no se comprende en la imposición legal del artículo 14.1 LAT, sólo procederá cuando así lo estime conveniente el registrador, de oficio o a instancia –no vinculante– del dueño-promotor en cuanto titular registral (cfr., arts. 6.1 LAT y 6.2 RD 297/1996). También cabe suscitar otra cuestión: ¿qué sucederá si, contraviniendo el mandato legal, el del artículo 4.3 LAT, el régimen de aprovechamiento, aunque constituido en escritura pública, no está inscrito y se quiere escriturar para luego inscribir el derecho transmitido? O, ¿qué sucederá si, estando inscrito el régimen, se trata de una segunda o posterior cesión y el derecho transmitido no está previamente inscrito, lo cual es admisible por ser en tal caso voluntaria la inscripción? A esto último, y analógicamente a lo primero, responde el artículo 15.3 LAT en su expresa remisión al artículo 312 RH, el cual, aunque redactado sólo para la inscripción de situaciones jurídico-reales menores recaentes sobre un dominio no inscrito, para que así primero se inscriba éste y luego aquéllas, es aplicable al caso en que el aprovechamiento por turno sea arrendaticio, pues así lo permite expresamente el artículo 15.3 LAT –«*cedente del derecho personal*»– por pura lógica registral de tracto sucesivo (arts. 7, 20.3 LH, 205, 312 y 376 RH); todo ello salvo que en la hipótesis de no inscripción del régimen, el adquirente, en vez de instar la inscripción, opte por resolver el contrato *ex* artículo 10 LAT. Queda así zanjada, al menos por lo que afecta al arriendo por turno turístico, el debate que antes de la LAT existía sobre la aplicabilidad, o no, de los artículos 7, 20 LH y 312 RH al arrendamiento.

¹²² Al respecto, Coalición Canaria propuso, en su enmienda 166 ante el Congreso, que el artículo 14.1 sólo fuese aplicable a los aprovechamientos por turno jurídico-reales. Y

La equiparación, pues, en un plano registral entre el aprovechamiento jurídico-real y el arrendaticio es plena; *rectius*, casi plena: como excepción estrictamente registral, habrá un caso en que el artículo 14.1.I LAT carecerá de aplicación; aquél en que el derecho de arriendo transmitido, en todo o en parte (*v. gr.*, sólo un turno de los varios que integran su contenido), lo haya sido por períodos determinables (art. 1.6 LAT *in fine*). Esa determinabilidad no satisface plenamente la exigencia registral de especialidad, lo que va a impedir no sólo que a dicho derecho o que a dicho turno que se cede se le abra un folio propio, sino el hecho mismo de la inscripción del contrato arrendaticio, aunque –según vimos– sí pueda inscribirse el régimen arrendaticio constituido sobre turnos determinables ¹²³.

CAPÍTULO TERCERO

CONTENIDO DEL ARRENDAMIENTO VACACIONAL POR TURNO

Una vez constituido el régimen de goce por turno arrendaticio conforme a las exigencias legales (arts. 4 y 5 LAT), y, tras ello, celebrados válidamente los particulares contratos de transmisión de los derechos-turno tras su correspondiente promoción (arts. 8 y 9 LAT), y sin que el adquirente desista del mismo (art. 10 LAT), se instaura entre el arrendador y el arrendatario una relación jurídica obligacional, en la que ambas partes adquieren sus derechos y asumen ciertas obligaciones recíprocamente ¹²⁴.

lo motivaba remitiéndose a la modificación propuesta –ya vista–, en dirección similar, acerca del artículo 6.4, sobre escritura e inscripción del régimen. Pero ninguna de estas enmiendas prosperaron, por lo que hay que entender que el artículo 14.1 LAT es aplicable al arriendo por turno. No lo cree así RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 117, nota (64), porque el derecho arrendaticio nunca es finca, de modo que no se abrirá folio propio al turno arrendaticio, sino que éste se mencionará, dice, en el folio del alojamiento o en el del inmueble en el que el alojamiento esté incluido, según esté o no dividido horizontalmente. Todo esto es objetable: el artículo 14.1 LAT se refiere –hemos visto– a los turnos en general, y que se conviertan en fincas registrales no es problema, cuando en el ámbito del registro finca registral es todo aquello que abre hoja real por la razón de conveniencia que sea (*cfr.*, arts. 60, 64 a 66, 67 y 68 RH); y el artículo 6.1 LAT exige apertura de folio propio para el alojamiento, haya o no división horizontal.

¹²³ Así, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 120, nota (68).

¹²⁴ Adviértase que se parte de un contrato ya válidamente celebrado, y del cual el arrendatario no ha desistido *ad nutum*. No entramos, por tanto, en la posible obligación de ceder –de arrendar– que el promotor, por sí o por intermediario, haya de asumir por el documento informativo de promoción que, expedido antes de la posible celebración del contrato, la LAT califica como oferta vinculante (*cfr.*, arts. 8 LGDCyU y 3.2 RD 515/1989, sobre pro-

I. OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR

1. Obligación de entrega del alojamiento turístico: sus peculiaridades en el arriendo por turno

El arrendador por turno, como todo arrendador, tiene la obligación de entregar el alojamiento arrendado a cada arrendatario-huésped para su disfrute (art. 1554.1.º CC). Y tratándose del arriendo por turno, la realización de dicha obligación –la aplicación del art. 1554.1.º CC– presenta ciertas peculiaridades:

La primera, que dicha obligación es de tracto sucesivo. Habrá de prestarse, de entregarse el alojamiento, no tanto una vez esté constituido el régimen y, luego, celebrado el contrato, sino sucesivamente, y permaneciendo vigente el contrato, al inicio de cada turno de goce al arrendatario que le corresponda¹²⁵. Al respecto, nada importa que el arriendo haya sido contratado por períodos y alojamiento determinables (art. 1.6 LAT *in fine*). En tal caso, la obligación de entrega habrá de estimarse como una obligación de género limitado, porque ya desde un principio, según vimos, tanto en la escritura reguladora del régimen como, luego, en cada contrato, debieron precisarse el año en que los turnos se pueden hacer efectivos, el edificio o complejo inmobiliario en que el alojamiento se ubica y los criterios para la posterior concreción de ambos –turnos y alojamiento– en el momento de entrega.

La segunda peculiaridad atañe al propio objeto: sin necesidad de presumir que el alojamiento se encuentra en buen estado, dicho inmueble habrá de entregarse, con todos sus accesorios (mobiliario) *ex* artículo 1.1 LAT y elementos comunes, en las condiciones turística y de estricta habitabilidad [art. 4.1.b) LAT], y conforme a la descripción que de él se hizo, primero, en la escritura constitutiva –o en la posterior modificativa– del régimen, luego en el documento informativo –originario o modificativo con las condiciones del

tección a consumidores sobre información a suministrar en la compraventa y arrendamiento). Para ello, entre otros, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 141 y 142; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 273 a 278; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 255 a 262; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 198 a 203. Tampoco ya vamos a entrar en las posibilidades, ya indicadas en otro lugar, de desistir o de resolver el contrato *ex* artículo 10 LAT (cfr., arts. 8 y 9 LAT). Para más detalle al respecto, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 166 a 182; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 294 a 305; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.) y QUESADA, A. J., *op. cit.*, pp. 311 ss.; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 260 a 278.

¹²⁵ Así, CABELLO DE LOS COBOS, L. M., *op. cit.*, p. 389. Como se dice en el artículo 1.1.º de la Ley 1652 griega de 1986, sobre multiarriendo, «por el contrato de *timesharing* el arrendador asume la responsabilidad de poner a disposición del arrendatario, cada año y durante el período de duración del contrato, el uso de un alojamiento de destino turístico» (traducido por MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 103).

art. 9.4 II LAT (introducido por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales)—y, finalmente, a modo de inventario mediante anexo, en el contrato de arrendamiento [arts. 1.4.b), 5, 1.º a 3.º y 6.º, art. 8, aps. 2.d) y 4, y art. 9, aps. 1.3.º, 4.º g) y 7.º, y 2 LAT vs art. 1562 CC]¹²⁶.

2. La obligación de mantenimiento del alojamiento turístico

2.1 LA ESENCIALIDAD DE DICHA OBLIGACIÓN, SU POSIBLE REALIZACIÓN POR UNA EMPRESA DE SERVICIOS, Y SU NECESARIA GARANTÍA

Como consecuencia y complemento de la obligación del arrendador de entregar al arrendatario al comienzo de cada turno el alojamiento en estado habitable, y coincidiendo en esencia con el artículo 1554.2.º CC, mas como diverso de la responsabilidad de saneamiento por vicios o defectos ocultos del artículo 1553 CC —por lo demás, preceptos ambos aplicables a cualquier contrato de arriendo o de hospedaje—, en el arriendo-hospedaje por turno la prestación de los servicios de conservación y reparación, como obligación siempre propia del arrendador, es elemento complementario —como así dice el art. 1.1 LAT—; esto es, obligación accesoria a la de entrega de la cosa arrendada, pero tan esencial —«*inherente*», dice el art. 5.1.4.º LAT— como ésta de la que depende y a la que funcionalmente aquélla sirve¹²⁷. Hasta tal extremo son vitales

¹²⁶ Porque de no darse tal coincidencia, de no advertirse el cambio antes de celebrarse el contrato (art. 9.4 LAT), o cuando menos sea —según cada caso— relevante la discordancia, podrá el arrendatario resolver el contrato, no sólo durante el plazo de reflexión que el artículo 10 LAT le otorga una vez celebrado el contrato, sino también posteriormente *ex* artículos 1124 y 1556 CC, salvo que haya habido advertencia del cambio antes de celebrar el contrato (de nuevo, art. 9.4 LAT), o modificación relevante —cuantitativa y cualitativa— del objeto del arriendo, primero expresado en escritura (art. 6.4 LAT), para luego reflejarse en cada contrato, o que el arrendador entregue un alojamiento turístico habitable y amueblado *en similares —o mejores— condiciones a las inicialmente escrituradas, ofertadas y contratadas*. Sin embargo, para MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 147; y para LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 132 y 133, no es necesaria la coincidencia entre el mobiliario inventariado en el documento informativo (art. 8.4 LAT) y el que finalmente se menciona en el contrato de cesión y se entrega (art. 9.4 LAT), olvidando con ello ese «que» el contenido del artículo 9.2 LAT y la posibilidad de resolución en caso —según cada caso, dicen RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 63; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 226 y 227— de discordancia —no advertida, ni consentida (art. 9.4 LAT)— entre ambos inventarios *ex* artículo 10.2 LAT.

¹²⁷ Precisamente, como hemos visto, esa fue una de las razones para fijar topes de duración del régimen, especialmente del máximo de cincuenta años (recuérdese, el último párrafo del ap. II de la Exp. Motiv. LAT). Por eso, sorprende la opinión de SÁNCHEZ-CIA, A. L., *op. cit.*, p. 92, para quien la definición del artículo 1.1 LAT no es aplicable al arriendo por turnos regulado en el ap. 6, de modo que carece de servicios complementarios. Entre otros datos que ya hemos visto, no hay más que leer el inciso final del artículo 1.1 LAT, que fue introducido por la enmienda 47 de CiU ante el Congreso, justificándola para así «deter-

dichos servicios –cfr., arts. 1.1, 5.1.4.º y 16 LA– que su determinación ha de ser previa a la escrituración, porque de lo contrario tanto la constitución del régimen, como su posterior inscripción, habrán de ser denegadas [art. 5.2, y aps. 1.c) y 4 del art. 4 LAT] ¹²⁸. He aquí, una vez más, la prueba de que el arriendo de la LAT constituye una especialidad del hospedaje.

Aunque la obligación, como tal, de mantenimiento del inmueble arrendado corresponda al arrendador (art. 1554.2.º CC), no es personalísima, su prestación puede ser –conviene que sea– realizada por un tercero a cargo de aquél (*v. gr.*, una empresa especializada en la prestación de tales servicios). No por ello la obligación, y su correspondiente responsabilidad, deja de ser propia del arrendador. En virtud de esa cesión, de ese adicional contrato de arrendamiento de servicios que el arrendador del alojamiento celebra con un tercero, que asume la ejecución de aquella obligación, no se instaura una relación contractual directa entre los arrendatarios y la empresa de servicios. Permanecerán intactas, sin entremezclarse, dos relaciones jurídicas diversas entre sí: la una, en virtud del contrato de arrendamiento por turno del alojamiento, entre el arrendador y cada arrendatario; y la otra, por aquel contrato de arrendamiento de servicios, entre el arrendador y la empresa de servicios. De hecho, como dice la propia LAT, la modificación del contrato arrendaticio de servicios únicamente han de pactarla el arrendador y la empresa de servicios, sin la intervención de los arrendatarios (art. 6.3 LAT), siempre que, por supuesto, dicha alteración convencional relativa a la prestación de los servicios no perjudique a los arrendatarios, pues de ser así no les afectaría esa modificación (art. 16 LAT *in fine*), ya que ellos tienen derecho a los servicios tal como estaban pactados en el contrato de arriendo por turno. Por consiguiente, de la prestación de dichos servicios seguirá siendo responsable el arrendador frente a los arrendatarios (art. 16 LAT), y éstos serán deudores de su pago frente a aquél (art. 13.1 LAT). A su vez, la empresa de servicios será responsable por incumplimiento de la obligación de conservación únicamente frente al arrendador (art. 16 LAT) y éste

minar el ámbito de aplicación objetiva del Proyecto Ley, en consonancia con el contenido de las enmiendas –36, 41 y 51– planteadas al artículo 1 –ap. 6– del mismo».

¹²⁸ Parece atenuar dicha exigencia TORRES PEREA, J. M., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 166, al afirmar que de no darse la celebración del contrato de servicios o la asunción expresa de la prestación de los servicios por el propietario, siendo ello hipotecariamente –dice– un defecto subsanable por ser una formalidad complementaria –inherente dice el art. 5.1.4.º LAT!–, si bien habrá que denegar la inscripción del título constitutivo del régimen, podrá ser éste anotado preventivamente. Y añada luego (p. 163), que sustancialmente no habrá riesgo alguno, porque *ex* artículo 16 LAT, se entenderá que tal obligación es siempre propia del dueño. Parece, no obstante, olvidar el previo control notarial (art. 4.4 LAT),

deberá a aquélla el pago de tales servicios (art. 13.3 LAT). La coordinación al respecto entre los artículos 13 y 16 LAT y la normativa, estatal y autonómica, sobre turismo y goce por turno, es perfecta¹²⁹, lo que implica que la exoneración o la cesión a un tercero de tales obligación y responsabilidad del arrendador frente a los arrendatarios de los alojamientos será nula sin que pueda acceder al contenido del régimen escriturado e inscrito *ex* artículos 2.1 *in fine*, 5.1.5.º y 6.1 LAT. Una vez más, no hay margen a la libertad contractual en este punto frente al posible carácter dispositivo de los artículos 21.1 LAU y 1554.2.º CC *ex* artículo 4.3 LAU.

Siendo tan esencial esa obligación del arrendador, ¿impone la LAT algún modo de asegurar su adecuada realización? Ya antes de ella, cierta normativa autonómica sobre aprovechamiento por turno había exigido al empresario turístico la suscripción de un seguro a favor del usuario turista que asegurara el cumplimiento de la prestación de dichos servicios complementarios y de mantenimiento (arts. 4 D 117/1997 balear, y 19.2 D 272/1997 canario). Y así hasta el extremo de tener el promotor que asegurar tal obligación con la existencia de alojamientos «alternativos» o «comodines» en aptas condiciones de habitabilidad –iguales o mejores a las contratadas– que, a modo de elementos comunes del edificio, sean ocupados por los arrendatarios para cuando, por la razón que sea, no puedan ocupar en su turno el alojamiento que en principio les correspondiese (art. 18.3 D 272/1997, de Canarias). De este último modo también lo previó la LAT en su proyectada redacción (arts. 5.1.2.º Anteproyecto y 17.2.5.º Proyecto). Desgraciadamente, aquella previsión, y con ella todas las normas que regulaban con cierto detalle el régimen de derechos y obligaciones de la sociedad de servicios (arts. 17 a 19 Proyecto), fue eliminada de la redacción definitiva de la LAT por enten-

del cual, precisamente, depende el propio nacimiento del régimen al ser su escritura constitutiva (art. 4.3 LAT).

¹²⁹ Ya en el artículo 12 RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales, se dice: «*Las empresas explotadoras de los apartamentos turísticos serán responsables de la correcta prestación de los servicios complementarios contratados, aun cuando los mismos estén a cargo de terceras personas.*» Así también la normativa autonómica sobre goce por turno (arts. 4.5 Decreto 117/1997, balear, y 18 Decreto 272/1997, canario). Sin embargo, esta cuestión era mayoritariamente resuelta en los borradores anteriores a la LAT disponiendo una responsabilidad solidaria entre el dueño-promotor y la sociedad de servicios (arts. 52.1.1.º B-89, 32.3.1.º B-91 y 46.2.1.º B-94) –y que sorprendentemente sigue defendiendo *de lege lata*, *ex* artículo 16 LAT, GALVEZ CRIADO, A., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), pp. 451 y 452–, con la sola excepción de los artículos 36.1 B-92 y 50.2 B-94 –éste precisamente sobre aprovechamiento por turno personal–, que hacían recaer la responsabilidad exclusivamente en la sociedad de servicios. Todo ello con independencia de la responsabilidad que el promotor turístico deba asumir frente a la Administración Pública; siendo generalmente sancionada la no prestación o prestación deficiente de tales servicios de mantenimiento y limpieza como infracción leve (*v. gr.*,

derse que el desarrollo normativo de tales cuestiones, de alcance estrictamente turístico, era competencia exclusiva autonómica *ex* artículo 148.1.18.º CE¹³⁰. No obstante, aquella solución puede considerarse, para todo aprovechamiento por turno existente en España, como criterio orientador, inspirado en el régimen general de las obligaciones y de los contratos –sobre todo, por exigencias de buena fe–, sin necesidad de acuerdo, dada la reserva anticipada de todos los turnos y del alojamiento, máxime si el alojamiento es determinable tratándose del arriendo por turno (cfr., arts. 1096, 1101, 1124, 1157, 1166 y 1167 CC)¹³¹. Se trata, además, de una laguna legal, la de la LAT, colmable por una norma reglamentaria aplicable, ya antes de la normativa autonómica citada, a todo el territorio nacional: es el RD 2877/1982, de 15 de octubre, sobre ordenación de apartamentos turísticos y viviendas vacacionales, que antes de precisar la responsabilidad siempre directa del empresario turístico por la obligación de prestación de servicios, aunque los preste un tercero (art. 12), exige el aseguramiento de dicha obligación (art. 3.1.º).

2.2 CONTENIDO Y MOMENTO DE PRESTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENIMIENTO

Estando en juego con la obligación de prestación de servicios de mantenimiento la propia viabilidad del régimen y la de cada derecho-turno en cuanto a la idoneidad de su objeto y al satisfactorio ejercicio del goce, lógico es, por tanto, que aquella obligación no sólo afecte al alojamiento turístico, esto es, al inmueble amueblado habitable y destinado al uso turístico, que ha de contar con los servicios y accesorios adecuados a tal efecto [cfr., entre otros, arts. 1.1, 4.1*b*), 5.1.1.º, 2.º, 3.º y 6.º, 8.4 y 9.2 LAT] –una vez más, la identidad de régimen legal por la accesoriedad funcional de los bienes muebles y demás accesorios del inmueble–; sino que además, encontrándose el alojamiento dentro de una unidad inmobiliaria mayor de la que es dueño el propio arrendador, dicha obligación igualmente haya de alcanzar a los elementos e instalaciones comu-

arts. 62 Ley de 1997, de Murcia, 51 Ley de 1998, valenciana), y a veces como infracción grave (*v. gr.*, art. 58 Ley de 1997, de Castilla y León).

¹³⁰ Para evitar la farragosa exposición de esas enmiendas, muy numerosas y extensas en su justificación –aunque en síntesis dirigidas todas ellas a la idea en texto apuntada–, pueden verse: de CiU, las enmiendas 46 y 86, ante el Congreso; y de Coalición Canaria, las enmiendas 145, 168 y 169 también ante el Congreso.

¹³¹ Así, ya antes, DE PABLO CONTRERAS, P., *op. cit.*, p. 317, refiriéndose en general a los arrendamientos por temporada y a los turísticos; y PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 168 y 169, refiriéndose al hospedaje con reserva anticipada.

nes del mismo, con independencia de que el complejo inmobiliario esté o no constituido en propiedad horizontal [arts. 7.1, 9, 10, 14c) y 20c) LPH], y más aún si no lo está, siendo en cualquier caso, como es sabido, propiedad exclusiva del promotor-dueño registral de esa finca [arts. 4.1b), 5.3.II, 9.1.9.º a) y disp. trans. 2.ª 2.I *in fine* LAT, vs art. 21 LAU que sólo habla de «vivienda»] ¹³².

Siendo ese el ámbito objetivo, tan amplio, de la obligación de conservación en el arriendo por turno, es lógico también que la LAT hable sin mayor matización de «mantenimiento» o «conservación», a veces como sinónimo de «limpieza», y de «reparación» [cfr., arts. 1.3, 5.1.3.º, 8.2g) y h) LAT, frente al intento –fallido a veces– de precisión y detalle del art. 21 LAU]. Y no debe haber en ello crítica a la LAT. Es esa generalidad de la LAT la que permite entender que la obligación de mantenimiento, sea de conservación o de reparación, es asumida por el arrendador, o en su caso por la empresa de servicios, con alcance igualmente amplio, casi sin salvedad, ni excepción (*versus* art. 21, aps. 1, 3 y 4, y 28 LAU, y arts. 1563 y 1564 CC) ¹³³. Sería absurdo pensar que fuese el propio arrendatario, un huésped que disfruta del inmueble por puro ocio y durante un período muy breve al año (basta una semana *ex* art. 1.3 LAT), quien deba realizar, *a.e.*, ciertas reparaciones, ya sean ordinarias –las llamadas «locativas»– (art. 21.4 LAU), ya sean urgentes (art. 21.3 LAU) ¹³⁴.

¹³² Por lo que respecta a la normativa autonómica, el artículo 4.5 D 117/1997, balear, sobre goce por turno, exige que el empresario turístico asuma la obligación de «garantizar el adecuado mantenimiento de los alojamientos, edificios y zonas comunes». *Idem* el artículo 46.2.d) Ley 7/1995, de 6 de abril, canaria, sobre Ordenación del Turismo. Más detallado se muestra el artículo 17.3 D 272/1997, balear, muy similar en su exhaustiva enumeración a la previsión que, con carácter general sobre el fenómeno turístico, contiene el artículo 11 RD 2877/1982, sobre ordenación de viviendas vacacionales.

¹³³ También para COSTAS RÓDAL, L., *op. cit.*, pp. 332 y 443, el concepto de prestación de servicios hay que entenderlo en un sentido amplio –incluidas, dice, las mejoras–. También era la tendencia de los borradores de multipropiedad [arts. 33.2 B-89, 32.3.2.º y 3.º B-91, 37.1.g) y h) B-92, y 46.2.2.º y 3.º B-94]. Idéntico era el artículo 15.2.1.º y 2.º Anteproyecto LAT; su supresión final, no obstante, obedeció a cuestiones de pura competencia normativa de las CC.AA. Por el contrario, en la fórmula arrendaticia portuguesa que parece amparar el D-L 275/1993, de 5 de agosto, el dueño asume la obligación de administración y de conservación del inmueble arrendado, salvo que se trate de reparaciones indispensables para el uso normal del derecho arrendaticio.

¹³⁴ A lo más, el arrendatario se limitará a poner en conocimiento del arrendador la necesidad de tales reparaciones, para que sea éste quien las ejecute. Tal comunicación habrá de hacerla seguramente dentro de su turno de goce, en el domicilio del arrendador, o de la empresa de servicios, que se haya fijado previamente en el contrato conforme a las prescripciones, con independencia del ya derogado artículo 39.6 LAU [arts. 8.2.a) y j), y 9.1.9.º a) LAT, sobre domicilio del promotor-arrendador, y arts. 4.1.c) y 9.1.9.º d) LAT, sobre domicilio de la sociedad de servicios]. Así pudiera interpretarse para el arrendamiento por turno la expresión de los artículos 1559 CC y 21.3 LAU –«en el plazo más breve posible»– acerca de las reparaciones urgentes.

También presenta peculiaridades el arriendo por turno en cuanto al momento de ejecución de la obligación de mantenimiento, no tanto ya si se refiere a los elementos e instalaciones comunes, cuya conservación o reparación puede hacerse, en cualquier momento, sino cuando aquella obligación afecta al alojamiento amueblado mismo. En tal caso, su efectiva realización, por el propio arrendador o por un tercero, habrá de hacerse, por lógica –o, si se quiere, por exigencias de buena fe–, entre turno y turno, o en los turnos aún no arrendados, ni cedidos y por el momento desocupados¹³⁵; y, por imperativo legal, en los períodos excluidos de goce arrendaticio y reservados, precisamente, a la prestación de los servicios de conservación y reparación, que habrán de ser, como mínimo, de siete días al año, y que habrán de constar mencionados en el título constitutivo del régimen y, luego, en cada contrato (arts. 1.3, 5.1.3.º y 9.1.3.º LAT). Así lo dice, imponiéndolo, la LAT. Sin embargo, también por pura lógica debe hacerse al respecto una precisión: tratándose de reparaciones necesarias y ordinarias (*v. gr.*, las del art. 21.4 LAU)¹³⁶, no parece prudente, ni obligado esperar al turno reservado a las labores de limpieza y de reparación, sino realizarlas entre turno y turno. Para el período reservado deben, en cambio, quedar las obras de mayor envergadura, las reparaciones extraordinarias y demás obras, como pudieran ser incluso las de mejora (*versus* arts. 21.2 y 22, aps. 1 y 2 LAU y 1558 CC)¹³⁷. Por eso mismo, si el arrendador, o la empresa de servicios, no desea esperar al turno de mantenimiento por no ser la reparación o la mejora diferible

¹³⁵ RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 140, considera nula, *ex* artículo 2.1 LAT, la cláusula (escrituraria, estatutaria o contractual) que permita al arrendador destinar a reparaciones los turnos –no reservados a ello, sino al goce– aún no cedidos, «pues resultaría –dice– abusiva y gravemente dañina para los adquirentes de los demás turnos, pues podría conllevar directa o indirectamente un aumento del coste de mantenimiento de los mismos (al no tener que contribuir el propietario por los turnos excluidos)».

¹³⁶ La común doctrina –siendo por ello innecesario citarla– que comenta el artículo 21.4 LAU, suele limitarse a decir que las reparaciones «locativas» son aquellas de escasa importancia económica y originadas por la vida doméstica sin afectar a la habitabilidad de la vivienda (*v. gr.*, reparación de casquillo de una bombilla o enchufe, sustitución de una pieza de grifería, reposición de cristales rotos de una ventana, de llaves, restitución de persianas, baldosas, cerraduras de puertas, de pintura, ...).

¹³⁷ Tampoco los artículos 21.2 y 22, aps. 1 y 2 LAU son aplicables al arrendo-hospedaje por turno, entre otras muchas razones (*v. gr.*, la inadecuación de su condicionante temporal *vs* art. 1.3 LAT), porque la inhabilitación parcial y temporal del alojamiento que en tales normas de la LAU se prevé (*vs* art. 26 LAU) como efecto de la ejecución de aquellas obras de reparación o de mejora no es admisible para la LAT en el arriendo por turno, para el que –ya vimos– la habitabilidad *ab initio*, plena y permanente de alojamiento arrendado es requisito ineludible, porque de lo contrario el fin vacacional y el uso mismo quedarán frustrados. A aquella –supuesta– urgencia o indiferibilidad en el tiempo de los artículos 21.2 y 22.1 LAU se antepone la exigencia de habitabilidad y de goce pacífico y satisfactorio del alojamiento en cada turno [*ex* arts. 1, aps. 1 y 2, y 4.1.b) LAT].

hasta ese momento ¹³⁸, aquél, o bien habrá de entregar a los arrendatarios afectados en su turno otro alojamiento, diverso del arrendado, pero de iguales –o mejores– condiciones a las contratadas; bien habrá de contar con el consentimiento de los arrendatarios del alojamiento que se va a reparar o mejorar, no de la comunidad de titulares por mayoría simple *ex* artículo 15.4.2.º LAT –ni mucho menos cualificada *ex* art. 17.2.ª LPH (*ex* art. 15.4.5.º LAT)–, sino única e individualmente de aquellos arrendatarios que decidan soportar en su turno de goce la ejecución de las obras de reparación o de mejora según el cálculo de su duración. En tal caso, sin ser aplicables los artículos 21.2 y 22.2 LAU por haber aquiescencia, los arrendatarios tendrán derecho a una compensación pecuniaria por el turno que en efecto no disfrute satisfactoriamente en el tiempo que dure la realización de aquellas obras; una compensación que supondrá la proporcional reducción, o devolución en su caso, tanto de la cuota, como de la renta ¹³⁹.

En cuanto a la posible repercusión económica –en la renta o en las cuotas anuales– de las obras una vez hayan sido ejecutadas –bien dentro de los períodos reservados a tal fin o bien fuera de ellos, ya sea por tratarse de obras necesarias o de obras extraordinarias consentidas por el arrendatario afectado–, de haberla sólo operará si así se advirtió en el documento informativo o se previó al menos en el contrato de transmisión del arriendo-turno y con las condiciones que exigen los arts. 8.2.h) –sobre todo, en su párrafo segundo introducido por Ley 14/2000– y 9, aps. 1.5.º y 4.II LAT *pro* adquirente de los turnos como usuario (*vs* art. 19 LAU). De no existir previamente tales información o acuerdo expreso al respecto

¹³⁸ Acerca de las mejoras –supuestamente– «necesarias» del art. 22 LAU y que no admiten espera en su realización, la doctrina, que admite dicha posibilidad, suele coincidir en la indicación de dos hipótesis: aquellas mejoras ordenadas por autoridad –judicial o administrativa– competente a término o inaplazables a realizar dentro de un plazo ineludible (cfr., art. 26 LAU); y aquellas otras, que pueden coincidir con las anteriores, condicionadas a la obtención de una subvención pública (cfr., art. 19.1.II LAU). En el arriendo de la LAT podría, además de las anteriores, incluirse otra hipótesis, que aplicada a la LAU resulta muy debatida entre la doctrina: la de las mejoras suntuarias, de recreo o de puro lujo que, en el arriendo por turno del artículo 1.6 LAT, incrementan el valor del inmueble arrendado potenciando así su condicionamiento al uso turístico o vacacional al que está *ex lege* afecto (arts. 489 y 503 CC *ex* art. 1573 CC).

¹³⁹ A tales efectos, en el arriendo-hospedaje por turnos se tendrá en cuenta la parte de alojamiento, o en su caso los elementos comunes, privada de uso cuantitativa y cualitativamente, no sólo en su superficie o extensión, sino también por su utilidad a los efectos de ocio y recreo. Por otra parte, y como especialidad, el concepto económico a disminuir será múltiple al margen de quién haya sido el agente de las obras: la reducción proporcional afectará tanto a las cuotas anuales a satisfacer por los servicios prestados en el alojamiento y en sus anexos, como a la renta por cuanto ambas cantidades a satisfacer por el arrendatario son la contraprestación al goce de un inmueble y de unos servicios y anexos complementarios que ahora se ve parcialmente mermado en su satisfactorio ejercicio; ¿y si, como permite el artículo 1.6 LAT sobre arriendos por turnos, el precio por la adquisición de tur-

y, no obstante, pretenderse que exista aumento económico, puesto que ello supone la alteración de elementos esenciales (*v. gr.*, del propio alojamiento o del precio-renta), antes que acudir al artículo 19 LAU, sería necesaria la modificación del régimen de aprovechamiento por turno *ex* artículos 6.4 y 15.4.1.º LAT¹⁴⁰.

II. OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO

1. La obligación de pagar la renta y las cuotas anuales por los servicios complementarios y de mantenimiento prestados (remisión): sus posibles garantías

Ya en el análisis de los elementos reales del arriendo por turno quedó explicado que el arrendatario asume la obligación principal, y de contenido económico, frente al arrendador de pagar, por un lado, la renta como contraprestación a cada turno de goce del alojamiento y, por otro, como gasto adicional, las cuotas que anualmente se fijan y se hacen exigibles por los servicios complementarios que presta el arrendador, por sí o por una empresa de servicios. Ahora, pues, es el momento de centrarse en las garantías que al respecto la propia LAT contiene.

Por lo que concierne al pago de la renta, es el artículo 11 LAT el que, en su primer párrafo, tras prohibir el pago anticipado durante los plazos de que dispone el arrendatario para desistir o para resolver el contrato –recuérdese, desde un mínimo de diez días hasta un máximo de tres meses y diez días (art. 10 LAT)– prevé, no obstante, la posibilidad –como algo voluntario («*podrán las partes...*», dice *vs* art. 36 LAU)– de asegurar que dicho pago aplazado *ope legis* va a ser realizado una vez expirados aquellos plazos (*idem*, art. 13.2.II

nos aún no vencidos ha sido ya pagado anticipadamente? Entonces, en lugar de reducción proporcional de la renta, habrá devolución proporcional de la misma. Todo ello con independencia de la relación jurídica interna existente entre el arrendador y la empresa de servicios y de las compensaciones que entre ellos deban hacerse (arts. 13.3 y 16 LAT). Por lo que concierne a la posible indemnización –que ya menciona el artículo 22.3 LAU *in fine*–, cabría incluir bajo tal concepto la cuota que habría de pagar el arrendatario para cambiar de turno o de alojamiento [arts. 8.2.k) y 9.1.8.º LAT].

¹⁴⁰ Por supuesto, de existir acuerdo previo en el contrato arrendaticio o en la posterior modificación del régimen mismo, el artículo 19 LAU puede ser muy orientador para concretar las reglas de elevación de la renta o de las cuotas anuales. Las reglas del artículo 19.2 LAU sobre distribución del incremento pecuniario cuando las mejoras ejecutadas sean comunes o hayan afectado a varios o a todos los alojamientos del mismo complejo, pueden resultar aplicables al arriendo por turno casi como anillo al dedo (art. 1.2 LAT), complementando incluso las normas de la propia LAT. Tanto el artículo 19.2 LAU como los artículos 5.1.3.º y 6.1.II LAT prevén la posibilidad de un edificio con único dueño some-

LAT, sobre garantía del pago de las cuotas anuales –«podrá pactarse...», dice, vs art. 36 LAU)¹⁴¹. Y no porque el artículo 1.6 LAT permita, sin exigirlo, el pago anticipado de todas las rentas hay que

tido por entero al régimen arrendaticio con independencia de que haya o no división horizontal: de haberla, a la cuota de participación de cada alojamiento sobre el total del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 19.2.I LAU [art. 3.b)II LPH], habrá que añadir, para distribuir la elevación de cuota entre los diversos arrendatarios del mismo alojamiento, la cuota que cada turno tiene sobre el alojamiento en particular (art. 5.1.3.º LAT); de este modo el reparto se hará según una especie de subcuota, según la cuota que cada turno tenga, más alta o más baja según su precio por el período del año sobre el que verse, sobre la cuota de participación en el inmueble en su conjunto. De no haber división horizontal, el artículo 19.2.II LAU exige acuerdo entre el arrendador y los arrendatarios, ¿con cada uno de ellos individualmente o con todos ellos conjuntamente y previo acuerdo de éstos? Tratándose del arriendo por turno, parece lógico que por aplicación del artículo 15.4 LAT la comunidad o junta de arrendatarios tome una decisión al respecto para luego convenirla con el arrendador; mas, ¿cuál es la mayoría al respecto requerida? Quedando a salvo lo dispuesto en los estatutos o que se trate de ciertas mejoras que requieren mayoría cualificada (art. 17.2.ª LPH ex art. 15.4.5.ª LAT), por regla general será suficiente con la mayoría simple de los arrendatarios, cada uno de los cuales tendrá tantos votos como turnos haya adquirido en arriendo (arts. 15.4, reglas 2.ª y 3.ª –que erróneamente habla de «derechos» en vez de turnos– LAT y 17.3.ª LPH, siendo éste aplicable ex art. 15.4.5.ª LAT, frente a la mayoría de tres quintos que exigía el art. 112.1 LAU-1964 por mejoras comunes). ¿Qué sucederá si no hay acuerdo al respecto entre los propios arrendatarios o entre éstos y el arrendador? Antes de acudir a la vía judicial ex artículos 15.4.4.ª LAT y 17 LPH, y salvo que en los estatutos se disponga otra cosa, es razonable acudir a la regla supletoria que, en defecto de acuerdo, establece el propio artículo 19.2.II LAU *in fine*: «se repartirá –en nuestro caso, la cuota anual por las mejoras realizadas– proporcionalmente en función de la superficie –total, y no sólo la útil– de la finca arrendada» y de la cuota que sobre ella –entendida como el inmueble en su totalidad por no haber división horizontal– tenga cada arrendatario según el número, precio y duración de los turnos que tenga arrendado (art. 5.1.3.º LAT). Vuelve, pues, a aplicarse el artículo 5.1.3.º LAT que, además, representa el único límite que en los estatutos se ha de respetar en la posible previsión acerca de la distribución de la cuota elevada por mejoras.

¹⁴¹ Un tono dispositivo, pues, el de la LAT al prever sólo como voluntarias las formas de garantía, que por la preferencia que le confiere su especialidad ha de prevalecer, para negar su aplicación, sobre el artículo 36.1 LAU en su exigencia de fianza como obligatoria. Y es que dicha fianza de la LAU en absoluto se amolda a esta figura, ni a los arriendos por temporada, ni a los hospedajes en general (*vid.*, por todos, DE PABLO CONTRERAS, P., *op. cit.*, pp. 40 ss.): la cuantía mínima inicial que fija el art. 36.1 LAU –de dos meses de renta para los arrendamientos urbanos diversos a los de vivienda– es desproporcionada para el arriendo por turno. En éste los turnos de goce vienen constituidos por un mínimo de siete días al año, y por un mínimo de tres temporadas anuales, de tres años (aps. 3 y 6 del art. 1 LAT). ¿Habría, entonces, que pagar como fianza el equivalente de dos turnos de renta? Desmesurado parece por encarecer injustificadamente el alquiler en su conjunto. Al respecto, GARCÍA ALGUACIL, M. J. y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 119, nota (66), dicen: «es más sensato aplicar aquí –al goce periódico arrendaticio– la exigencia de fianza equivalente a una mensualidad de renta, más que las dos mensualidades, al ser esta fianza la propia de los arrendamientos de locales comerciales y profesionales»; precisión ésta que, sin embargo, no hacen el artículo 36 LAU, ni la Ley 13/1996, de 29 de julio, de Cataluña, en relación con los arrendamientos por temporada en general al decir que «debe tomarse como referencia que las dos mensualidades establecidas en el artículo 36.1 LAU corresponden al contrato de un año de duración». Por su parte, los autores indicados antes añaden que la fianza del artículo 36.1 LAU para el arriendo por turno «deberá cuantificarse por anualidades de renta, y no por mensualidades, a la vista de la peculiar modalidad arrendaticia de la que tratamos». Desde luego que con tal –supuesta– adecuación se atiende a la propia *ratio* del artículo 36.1 LAU, pero ésta no se adecua a la peculiaridad del arriendo por turno; ¿acaso dicho montante no es desproporcionado si sólo se han contratado cuatro o cinco turnos? Tampoco el régimen de actualización de la fianza regulado por el artículo 36 LAU en

augurar escasa operatividad a tales posibles garantías ¹⁴². Aparte de que puedan asegurar otras obligaciones que asume el arrendatario (v. gr., pago de las cuotas anuales o de las rentas no anticipadas, no alteración del alojamiento, devolución del alojamiento al término de cada turno en el mismo estado en que fue al inicio del mismo entregado,...), por lo que respecta a la renta, justamente porque se proscribe el pago anticipado se admiten formas de aseguramiento del pago que no se puede anticipar, de modo que el arrendador no vea mermada su expectativa de cobrar todas las rentas. Es una forma de nivelar la prohibición de anticipos; siempre, claro es, que se respeten los dos límites que al respecto impone el artículo 11.1 LAT *in fine*: que la garantía no sea contraria a la prohibición de anticipo, esto es, que no equivalga al pago de renta (como, en cambio, sí sucedería, *a. e.*, con las arras confirmatorias, o con la fianza arrendaticia del art. 36.1 LAU ¹⁴³), ni funcione como indemnización, pena o gasto para el caso en que el arrendatario en efecto desista o resuelva el contrato (arts. 10, 11 y 12 LAT). De lo contrario, las consecuencias –ya vimos– pueden resultar nefastas para el arrendador (cfr., arts. 11.2 LAT, 1124, 1556 y 1895 CC).

Junto a la posible garantía del pago de la renta, la propia LAT contiene dos garantías, una impuesta *ex lege* y otra sólo prevista para su fijación por convenio, a favor del concedente del derecho-turno, referidas ambas al pago de las cuotas anuales por los servicios prestados [cfr., arts. 5.1.7.º, 8.2h) y 9.1.5.º LAT].

sus aps. 2 y 3 cuadra para el goce por turno arrendaticio. En aquéllos se atiende a unos plazos –de cinco años, y según haya o no prórrogas legales– y a unas reglas de actualización –según renta– sólo referibles a los arriendos urbanos de vivienda, que no encuentran paralelismo ni razón de ser con los límites de duración y con la posible actualización de las cuotas anuales –ambas cuestiones ya vistas– en los arriendos por turno (arts. 9, 10, 18.2.º y 36, aps. 2 y 3 LAU *versus* arts. 1.6, 3.1 y 9.1.5.º LAT).

¹⁴² En cambio, COSTAS RODAL, L., *op. cit.*, p. 433, entiende que el artículo 36 LAU es inaplicable al arriendo por turno por esa razón: «La LAT impone ya en todo caso que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas.» De idéntico parecer es LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 48 y 49.

¹⁴³ Por eso, tampoco puede ser aplicado el artículo 36.1 LAU al arriendo de la LAT: por lo que afecta al pago de la renta, al exigir el artículo 36.1 LAU que la fianza se preste en el momento de celebración del contrato y que sea dineraria –«*en metálico*», dice–, funcionando, entonces, a modo de pago anticipado, con su fiel aplicación se infringiría la proscripción contenida en el artículo 11.1 LAT. Así lo cree, TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, p. 281. En cambio, para QUESADA SÁNCHEZ, A. J., y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 368, hay que interpretar el artículo 36.1 LAU desde el artículo 11 LAT: «Por ello –dicen–, entendemos que la fianza obligatoria, para que no se considere anticipo, debe exigirse y constituirse una vez transcurridos los plazos de desistimiento y de resolución, y el no realizado antes no proporciona causa de resolución al arrendador.» Olvidan estos autores que ese es un plazo –como máximo de tres meses y diez días– que no concuerda con el de 15 días –ampliables a 30–, ni con el de un mes que exige la normativa autonómica, al amparo de la disp. adic. 3.ª LAU –siguiendo el derogado artículo 4 Decreto de 1949 sobre «Papel fianza»– para el depósito de la fianza y cuyo *dies a quo* es generalmente también fijado por la fecha de celebración del contrato; siendo, además, ese depósito la verdadera –o, cuando menos, la más evidente– razón de la obligatoriedad de la fianza arrendaticia en los arrendamientos urbanos.

La primera es la garantía que impone el artículo 14.1.II LAT al derecho-turno, que «*queda gravado con carácter real para responder de las dos últimas cuotas –anuales–*». Es una afección real muy semejante a la especie de hipoteca tácita que el artículo 9.1e) III LPH impone sobre el piso por el pago de las cuotas de comunidad¹⁴⁴. Ningún problema se plantea, por principio, si el derecho-turno es un derecho real limitado¹⁴⁵, pero, ¿qué sucede si es de naturaleza personal? ¿Cómo admitir un gravamen real que sujeta un arrendamiento inmobiliario en garantía de una obligación? Ello contradice la naturaleza obligacional del arriendo, que según la Exp. Motiv. LAT –según vimos– constituye un límite en la aplicación de la LAT a este molde del aprovechamiento por turno. Plantea de nuevo este precepto, y también lo hace el artículo 6.1.III LAT, la añeja cuestión de los jinetes de plomo sobre caballos de papel –en expresión de Castro– y de la hipoteca del derecho arrendaticio inmobiliario¹⁴⁶.

¹⁴⁴ No en vano, el propio artículo 14.1.II LAT se remite a los procedimientos ejecutivos de los artículos 9.1.e)III y 21 LPH –modificado este último *ex disp.* final 1.ª LEC, imponiendo como procedimiento el llamado «monitorio»– y al extrajudicial de ejecución hipotecaria –arts. 129 LH y 234 a 236 RH (nulo por inconstitucional según SSTs de 4 de mayo de 1998 y de 20 de abril de 1999, mas «reformado» y, en principio, legitimado por la *disp.* final 9.ª 4 LEC)–. Por eso se sorprende MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, de esa remisión implícita contenida en el artículo 14.1 LAT.

¹⁴⁵ Omitimos los problemas que la afección real impuesta por el artículo 14.1.II LAT pueda plantear en su aplicación, sobre todo para el caso de cesión del derecho real por turno (si el cesionario ha de hacer o no frente, para eludir la ejecución de dicha garantía real, al pago de las cuotas impagadas por el cedente); de lo que aquí se trata es si, en efecto, es aplicable, o no, al arriendo por turno. Para aquéllos, pueden verse, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 197 y 198; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 347 a 358; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), y CARRASCO, C., *op. cit.*, pp. 414 a 421; TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 309 a 316.

¹⁴⁶ *Vid.*, por todos, como posición favorable en general, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951, pp. 115 ss. Resucita actualmente la hipotecabilidad del derecho arrendaticio, apoyándose en Vallet, y para aplicarla al arriendo por turno, TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 305 y 306, fundándose en razones que, según él, proporciona la propia LAT: la posible larga duración, de hasta cincuenta años, de este derecho de arrendamiento; su libre disponibilidad *ex artículo* 15.1 LAT; y la afección real del artículo 14.2 LAT. Creemos, sin embargo, que ninguno de estos apoyos –«nuevos»– es concluyente, pues que la hipoteca de arrendamiento sea posible sigue dependiendo de la misma cuestión central de siempre: la naturaleza jurídica del arrendamiento; y, ¿acaso en ella incide la duración del derecho? En absoluto; ¿acaso el usufructo constituido por un año es por ello de naturaleza personal y no es hipotecable? Por su parte, los artículos 15.1 y 14.2 LAT no prejuzgan la hipotecabilidad del arrendamiento por turno; sería una tautología afirmarlo. No en vano, y en reiteradas ocasiones ha quedado ya advertido, la misma LAT dice con alcance general en su Exposición de Motivos que ella será aplicable al arriendo del artículo 1.6 LAT «*en cuanto no contradiga su naturaleza jurídica*». La cuestión, pues, está aún donde ha estado siempre, en fijar la naturaleza jurídica del arrendamiento, porque sólo si se admite como derecho real inmobiliario puede ser gravado con hipoteca (cfr., arts. 106.2.º LH y 1874.2.º CC). Nosotros lo negamos, afirmando la naturaleza obligacional del derecho arrendaticio, en nuestra obra *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 131 a 139 y 279 a 290. Precisamente por ello, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 120, entiende que el artículo 14.1.II LAT es inaplicable al goce por turno arrendaticio «*dada la inexistente naturaleza real del derecho*». Y en nada afecta a la naturaleza del derecho-turno arrendaticio que éste pueda convertirse en finca registral *ex artículo* 14.1.I LAT, acaso como si entonces pudiera afirmarse su hipotecabilidad al amparo del

Como garantía del pago de las cuotas anuales por los servicios prestados, al arriendo por turno sólo es aplicable el artículo 13 LAT. En él, para el caso en que el arrendador resuelva el contrato de arriendo por turno por impago de las cuotas correspondientes a una temporada anual, se le exige devolver —«*consignar*», judicial o notarialmente— al arrendatario las rentas anticipadas por los turnos que restan por disfrutar hasta la extinción natural del contrato por expiración de su plazo, y que, sin embargo, no van a ser disfrutadas ya por la resolución del contrato (art. 13.2.I LAT). Y a continuación indica el artículo 13 LAT la posibilidad de haber concertado una garantía para no tener que proceder a aquella devolución: «*No obstante, mediante cláusula penal podrá pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que con arreglo al párrafo anterior corresponda percibir al titular del derecho resuelto. Todo ello sin perjuicio de la facultad moderadora de los Tribunales establecida en el artículo 1154 CC*»¹⁴⁷. Ya antes de la LAT venía siendo práctica común la inserción de una cláusula penal como sanción para el caso de impago o no contribución a los gastos comunes por los servicios prestados. Y el contenido del pacto sancionador era, y puede hoy seguir siendo, muy diverso, distinto a veces de la clásica pena pecuniaria, como se venía recogiendo en los diversos borradores sobre *timeshare*: el devengo de intereses de demora, el resarcimiento por daños y perjuicios (como ahora permite el art. 13.2.II LAT), la resolución del contrato (como ahora prevé el art. 13.1 LAT) o, como la más usada, la imposibilidad de gozar del turno que correspondiese al incumplidor mientras no pagare, negándole incluso la disponibilidad de su derecho, para atribuirlo al promotor,

núm. 1.º de los artículos 1874 CC y 106 LH. En absoluto: por un lado, porque cuando tales normas se refieren en su núm. 1.º a la hipoteca de bienes inmuebles, lo hace en el sentido de cosa material y corporal (art. 334, números 1.º a 9.º CC), es decir, como hipoteca del dominio inmobiliario, del derecho real por excelencia, de la propiedad sin condicionamiento o restricción; y lo hace, pues, por contraposición a la hipoteca de inmuebles por analogía o asimilación (art. 334.10.º CC), o sea, a la hipoteca de derechos o gravámenes reales menores al dominio (art. 107 LH). Y, por otro, porque en ningún caso bajo la expresión «*bien inmueble*» de los artículos 1874 CC y 106 LH cabe dar cobijo a las fincas registrales sin más, máxime cuando éstas no son más que lo que abre folio en el Registro de la Propiedad por las razones de conveniencia que sean (cfr., arts. 60, 64 a 65, 67 y 68 RH).

¹⁴⁷ Esta mención del artículo 1154 CC puede parecer innecesaria por reiterativa, o simplemente recordatoria. De un precepto común de suyo aplicable a cualquier cláusula penal por cumplimiento (parcial, defectuoso o tardío) de las obligaciones. Así lo creen MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 194; ARIJA, J., y ALGABA, S., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 406. Sin embargo, esa referencia al artículo 1154 CC quizás haya servido para contrarrestar la posibilidad abusiva, admitida en principio por el propio artículo 13.2 LAT, de que la pena consista en la totalidad de la cantidad que el arrendador debería devolver al arrendatario: ello dependerá, sobre todo, del número de turnos de goce que queden por ejercer. Por eso, tal vez la redacción actual del artículo 13 LAT haya sido producto transaccional ante su redacción originaria, en la que se establecía como tope de la pena el 30 % de lo que se había anticipado.

o a la empresa de servicios en su caso, que podía en tal turno ceder o arrendar el inmueble a un tercero [Fto. D.º 5.º *d*] de la RDGRyN de 4 de marzo de 1993]¹⁴⁸.

Junto a estas garantías contenidas en la LAT, hay otras, no previstas en ella, pero aplicables al arriendo por turno por ser espécimen de hospedaje: es la posibilidad de retención –«*en prenda*»– que el arrendador tiene sobre los «*efectos*» (*v. gr.*, equipaje y demás enseres) introducidos –depositados necesariamente, dice el art. 1783 CC– en el complejo inmobiliario turístico por el arrendatario-huésped *ex artículo* 1780 CC (*cfr.*, arts. 1783 y 1784 CC), y sobre los cuales aquél ostenta un privilegio-preferencia especial mobiliario *ex artículo* 1922.5.º CC, para el caso de impago de cualquiera de los servicios prestados por el arrendador-hotelero (no sólo por la «*comida y hospedaje*» a que se refiere el art. 1967 CC)¹⁴⁹.

2. La obligación de contribución a los gastos tributarios, notariales y registrales

Ante la densidad de contenido que deben presentar la escritura pública y su posterior inscripción (*cfr.*, arts. 5 y 6 LAT), su coste económico –notarial y registral– probablemente sea muy elevado, lo

¹⁴⁸ Así lo explicamos en *RCDI*, 1996, pp. 307 y 308, con nota (94), y así se admitió en el artículo 16.3 Proyecto LAT: «De no haberse hecho el pago oportunamente, la sociedad podrá negar la entrada al titular y disfrutar, por sí o por otro, del departamento para reintegrarse en el importe del mismo.» Pero finalmente fue suprimido por estimarse que dicha materia, referida a la organización y funciones de la empresa de servicios, era de competencia normativa exclusiva de las CC.AA. ¿Cabría, no obstante, admitir hoy como válida esta última cláusula? Sin ningún problema la admiten TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 297 y 298; y HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., *op. cit.*, p. 3104, quien añade, como otra posible sanción, la privación del voto *ex artículo* 15.4.5.º LAT en su remisión a la LPH. En cambio, hay quienes niegan la validez de aquella cláusula penal por ser abusiva *ex artículo* 10 *bis* LGDCyU, por suponer una renuncia a un derecho inherente a esta figura, *ergo* contraria a Derecho (art. 6.2 CC) y por contener un mecanismo de autotutela [así, ARIJA, J.; ALGABA, S., y RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 77, nota (29), y 398 ss.]. Pero, en nuestra opinión, si la propia LAT sanciona el incumplimiento de la obligación de pago de la cuota de servicios como causa de resolución del contrato por el que el derecho se concede, ¿cómo pensar que, tras el impago, el goce o la disponibilidad de su derecho es irrenunciable? Es la misma LAT la que concede al propietario la facultad de ponerle fin mediante la acción de resolución.

¹⁴⁹ Siendo el de la LAT un arriendo de cosa –el alojamiento amueblado–, el arrendador gozará, en principio, del derecho de preferencia especial mobiliario del artículo 1922.7.º CC para la satisfacción coactiva del alquiler. Pero siendo muy probable en la práctica que el pago de la renta sea único y anticipado, y, sobre todo, siendo obligatorio para el arrendador adscribir todo el mobiliario necesario para el goce vacacional del alojamiento arrendado, en la práctica esta última garantía, la del artículo 1922.7.º CC, tendrá escasa operatividad en el arriendo de la LAT. Más operatividad tendrá dicho privilegio ejecutivo sobre el precio –«*frutos*», dice el art. 1922.7.º CC– que el arrendatario obtenga en caso de subarriendo o cesión parcial de su derecho-turno (arts. 15.1 LAT y 1552 CC).

que para muchos será un desincentivo en el tráfico de esta fórmula arrendaticia, sobre todo para el arrendatario, que será finalmente quien a «buen» seguro asuma tales gastos (art. 1555.3.º CC, sobre gastos de escrituración). No obstante, la LAT, en su artículo 9.1.5.º, no sólo impone tal obligación a cargo del arrendatario por lo que se refiere al contrato transmisivo y a los impuestos que lleve aparejado (sobre todo, art. 20 LAT sobre ITPyAJD), no en sí en cuanto a la escritura pública del régimen y a su obligada inscripción, las cuales son, en principio, voluntarias para la cesión (arts. 9.1.11.º, 14.1 y 15.3 LAT), y cuyos aranceles, notariales y registrales, si el derecho-turno es de arrendamiento, quedarán reducidos en un 25 por 100 *ex* artículo 8 RD 287/1996, sobre inscripción de arriendos urbanos¹⁵⁰. Esto, sin embargo, no impide que en la práctica el promotor-arrendador, que sí está obligado a escriturar e inscribir el régimen de goce por turno que constituye, se muestre insatisfecho ante tal reducción de honorarios, o reticente a su pago, y que finalmente los repercuta a cargo del arrendatario en la propia renta.

No podrá haber, sin embargo, repercusión alguna de los gastos tributarios. A diferencia del artículo 20.1.I y IV LAU, que deja libertad a las partes, aunque su acuerdo no afecte a la Administración Tributaria, no parece que la LAT deje margen a la decisión de las partes en cuanto a los impuestos a tributar (cfr., arts. 18, sobre IP, 19 sobre IVA, y 20 acerca del ITPyAJD, todos ellos de la LAT), y que habrán de afectar a todo derecho de aprovechamiento por turno, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, real o personal (cfr., el primer párrafo del ap. V Exp. Motiv. LAT, el art. 17 LAT y la expresión «*cualquiera que sea su naturaleza*» de los arts. 18 y 20 LAT), para así no discriminar la fórmula jurídico-real¹⁵¹.

3. Las obligaciones de uso diligente y de devolución del alojamiento arrendado: sus singularidades y consecuencias en el arriendo por turno. En especial, la obligación de no alterar el alojamiento turístico arrendado

El arrendatario por turno, si bien tiene derecho –que no la obligación, a pesar de la reserva anticipada de los turnos– a gozar

¹⁵⁰ También la Ley griega núm. 1652 de 1986, sobre multiarrendamiento, atempera, en su artículo 7, los gastos de escritura constitutiva e inscripción obligatoria.

¹⁵¹ No cabe ya decir, como lo hacía LEYVA DE LEYVA, J. A., «*Nueva reseña sobre multi-propiedad y multiarrendamiento*», en *RGLJ*, 1998, pp. 344 ss., que una de las ventajas del arriendo a tiempo compartido frente a la multipropiedad es la fiscal. Sobre la regulación tributaria de la LAT, puede verse, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., «*Régimen tributario de los derechos de aprovechamiento por turno...*», en *AC*, 1999, pp. 1-9; y ARRIBAS LEÓN, M., *Derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: aspectos fiscales...*, Granada, 2000.

del alojamiento amueblado que le ha sido arrendado, en el ejercicio del mismo asume la obligación de gozarlo de forma diligente y conforme al destino acordado. Resulta, pues, aplicable al arriendo por turno el artículo 1555.2.º CC, pero con ciertas peculiaridades:

En primer lugar, como se vio, el goce del alojamiento con su mobiliario debe hacerse destinándolo al uso acordado, que en el arriendo-hospedaje de la LAT viene impuesto *ex lege*: el turístico o vacacional, pues se deriva incluso de la propia naturaleza turística del alojamiento amueblado.

En segundo lugar, el uso diligente del alojamiento y de sus muebles implica en el arriendo por turno la singularidad frente al arriendo común de que el goce cuidadoso se ejercite cíclica y sucesivamente respetando, no sólo el fin vacacional, sino también, por ello, los límites temporales, sin exceder el plazo o turno arrendado, sin extralimitarse en su duración. Esto mismo explica otra peculiaridad del arrendamiento por turno, ahora frente al hospedaje en general: el arrendatario deberá devolver el alojamiento arrendado con todo su mobiliario no sólo al final del contrato, o del régimen en general, una vez éstos se hayan extinguido por terminación de su plazo de duración (arts. 3.1 LAT y 1561 CC), sino que sucesivamente habrá de devolverlo al arrendador, y estando aún vigente el contrato, a la finalización de cada turno de goce, en el estado en que lo recibió al comienzo del turno y tal como se encontraba inventariado tanto en la escritura constitutiva del régimen, como en el contrato arrendaticio en particular [cfr., arts. 1561 CC, 5.1.2.º y 3.º, 8, aps. 2d) a f), y 4, y art. 9, aps. 1.3 y 2 LAT *versus* art. 1562 CC].

Precisamente por cumplirse de ese modo sucesivo tales obligaciones, es posible que el arrendador, o la empresa de servicios en su caso, se asegure, respetando el mínimo legal del artículo 1.3 LAT para cada turno de goce, un tiempo breve pero suficiente entre cada turno de uso para así poder él mismo inspeccionar el estado en que el inmueble le ha sido devuelto por el arrendatario que lo ha ocupado; debiendo realizar dicha inspección antes de ponerlo a disposición del arrendatario titular del turno de goce siguiente. Y sólo así es además posible saber a qué arrendatario corresponde la responsabilidad contractual frente al arrendador por los daños ocasionados culposamente en el alojamiento arrendado, cuya culpa se presume por ser él quien poseía material y directamente el alojamiento en su turno, salvo que dichos daños se deban al uso ordinario del alojamiento o a caso fortuito o a fuerza mayor, en cuyos supuestos

quedará aquél exonerado (arts. 21.1.I LAU, 1105, 1182, 1561, 1563 y 1564 CC)¹⁵².

Esa posible responsabilidad contractual del arrendatario frente al arrendador operará con independencia de que frente a terceros, frente a los otros arrendatarios del mismo inmueble, a fin de asegurarles una ágil y rápida satisfacción sin que deban dirigirse ellos mismos contra el arrendatario agente del menoscabo, que es un tercero para ellos (art. 1560 CC), sea el propio arrendador quien responda con el seguro obligatorio que al respecto ha debido suscribir *ex* artículo 7.II LAT. Y ello incluso aun cuando el daño haya sido producido por caso fortuito o por fuerza mayor; a saber: el artículo 7.II LAT exige que el propietario, antes de constituir el régimen y así expresarlo en la escritura constitutiva del régimen [arts. 4.1d) y 5.2 LAT], suscriba un seguro que cubra: por un lado, la responsabilidad civil, extracontractual sobre todo, que pueda recaer en uno de los arrendatarios –«ocupantes», dice– frente a terceros, especialmente frente a los demás arrendatarios del mismo inmueble (complejo inmobiliario, con sus alojamientos –coincidentes o vecinos–, mobiliario o elementos comunes), en caso de uso negligente y que suponga su deterioro o menoscabo; y, por otro, los daños ocurridos por caso fortuito o por fuerza mayor (arts. 1561 a 1564 y 1902 CC)¹⁵³, en el que los beneficiarios son los propios arrendatarios del mismo inmueble [arts. 7.II LAT y 1568 CC en su remisión a los arts. 1101, 1182 y 1183 CC, y, sobre goce por turno, arts. 18.3 D 272/1997, canario, y 4.1b) D 117/1997, balear]¹⁵⁴. En ambos casos, el arrendador, dada su profesionalidad y habitualidad

¹⁵² ARROYO LÓPEZ-SORO, J., *Urbanizaciones privadas. Conjuntos y complejos inmobiliarios*. LAT, Madrid, 1999 p. 290, piensa en una responsabilidad plural, ya sea solidaria o mancomunada, de todos los arrendatarios del mismo alojamiento donde sólo uno de ellos haya causado con culpa o con dolo el daño. Un obstáculo fundamental hay a esta solución: aunque los arrendatarios puedan reunirse en junta para adoptar decisiones que a todos puedan afectar (art. 15.4 LAT), no comparten el mismo derecho arrendaticio, no hay una cotitularidad arrendaticia; cada uno de ellos tiene su propio derecho, sus propios turnos de goce con exclusión de los demás arrendatarios (cfr., art. 1.1 LAT).

¹⁵³ Precisamente, acerca de la expresión «daños generales» del artículo 7.II LAT, dice MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 134, que se trata de daños no imputables al titular del derecho-turno ocupante del alojamiento en el momento de causación del daño. Por su parte, según COSTAS, L., *op. cit.*, p. 198, en aquella expresión, a falta de concreción legal o convencional al respecto, «puede entenderse que deberán quedar cubiertos los siguientes daños: daños causados por incendios y explosiones; humos; daños a instalaciones y aparatos eléctricos; actos de vandalismo; fenómenos atmosféricos; inundaciones; derrames de agua; roturas de cristales, lunas, espejos y vidrieras; rotura de fregaderos y aparatos sanitarios fijos; robos y daños por esta causa».

¹⁵⁴ Para MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 134, sólo en el seguro por incendios o daños provocados por terceros, por personas ajenas al régimen, el titular del derecho-turno es el beneficiario. En cambio, para COSTAS, L., *op. cit.*, p. 197; y para ARJIA, J., y ALGABA, S., *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 238, también en el otro seguro los asegurados son los ocupantes de los alojamientos, quedando cubierta la responsabilidad civil de los propios titulares de los

en el desempeño de esta actividad, asume una responsabilidad objetiva o, como suele decirse en el ámbito de la hospedería, por riesgo de su profesión –la prestación habitual y con ánimo de lucro de este producto turístico–. No puede, pues, exonerarse el arrendador probando su diligencia –que no exige el art. 7.II LAT–, como así lo demuestra que responda del daño producido por caso fortuito o por fuerza mayor. Una vez más, se plasma en la LAT su espíritu, su contenido tuitivo para con el titular del derecho-turno.

Asimismo, siendo el arriendo por turno una especie de hospedaje, junto al artículo 7 LAT, también podrán tener aplicación, aunque nada diga la LAT, los artículos 1783 y 1784 CC, sobre responsabilidad –también– objetiva o por riesgo de su profesión (STS de 11 de julio de 1989), que, salvo fuerza mayor –ahora sí excluido– o robo a mano armada (art. 242 CP)¹⁵⁵, el promotor-arrendador, en cuanto empresario turístico, asume por los daños y sustracciones de los «efectos» (v. gr., equipaje y demás enseres¹⁵⁶) que el arrendatario-

derechos-turno. Como ya se decía en la enmienda 66 de CiU ante el Congreso, que introdujo ciertos retoques en dicho precepto, «de ahí la necesidad de que con posterioridad –a la promoción del régimen– se deba suscribir un nuevo contrato de seguro de responsabilidad civil, en el cual, los asegurados son los propios ocupantes de los departamentos».

¹⁵⁵ Acerca de los casos de exclusión –o atenuación– de la responsabilidad del hotelero en el contrato de hospedaje, PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 242 a 252; y RODRÍGUEZ BUIÁN, J., «La responsabilidad de los hospederos por los efectos portados por los huéspedes...», en *RGLJ*, 1974, II, pp. 163 y 164, incluyen los siguientes casos, junto a los dos expresamente mencionados en el artículo 1784 CC *in fine*: daños ocasionados por culpa o negligencia del propio huésped o de las personas que de él dependan (familia y criados) *ex* artículos 1102 y 1103 CC; daños causados por vicio propio de la cosa depositada *ex* artículo 1182 y concordantes CC; daños ocasionados por no haber tomado el huésped las precauciones convenidas con el hotelero (art. 1783 CC); daño sufrido en la cosa por abandono del huésped tras desalojar la habitación al término del contrato sin constituir un depósito voluntario; y en caso de acuerdo entre hotelero y huésped, siempre que no sea unilateral y posteriormente impuesta la exención por el primero. Acerca de este último caso, no habiendo en la LAT norma paralela a la de los artículos 1783 y 1784 CC, no parece que haya objeción a tal exclusión –pues no le afectaría el art. 2.1 LAT–, aunque, conforme al artículo 1783 CC *in fine*, debe ser acordada por ambas partes –hotelero y huésped– o, aun impuesta unilateralmente por el arrendador –en la escritura constitutiva del régimen, tratándose del arriendo por turno–, que sea conocida en el mismo documento informativo y luego aceptada por el arrendatario en el mismo momento de celebración del contrato –de su formalización por escrito, tratándose del arriendo por turno– (cfr., arts. 1783 CC *in fine* y art. 10 bis, 10.º y 14.º LGDCyU). En cambio, ningún margen a la autonomía de la voluntad queda para el seguro que obligatoriamente impone el artículo 7.II LAT, salvo que sea aún más beneficioso para los asegurados –los arrendatarios–. La exclusión, o la aminoración, convencional de dicho seguro sería nula *ex* artículo 2.1 LAT.

¹⁵⁶ Sobre el ámbito objetivo de esta responsabilidad, esto es, del significado del término «efectos» empleado en los artículos 1783 y 1784 CC, como expresión que ha de entenderse *in sensu lato* (como comprensivo de muebles, animales, vehículos de motor, dinero o joyas a cambio de recibo de depósito), siempre que se cumplan los requisitos del artículo 1783 CC *in fine* (introducción de los efectos, su conocimiento por el hotelero y observancia por el huésped de las prevenciones por aquél establecidas), *vid.*, PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pp. 222 a 225, 235 y 236; NAVARRETE, A., «El contrato de hospedaje y el negocio de hostelería», en *RDM*, 1958, pp. 276 y 277; RODRÍGUEZ BUIÁN, J., *op. cit.*, pp. 156, 157 y 161.

huésped haya introducido –depositado necesariamente, según art. 1783 CC– en el complejo inmobiliario turístico con conocimiento del arrendador; y así será desde la entrada de aquél con el comienzo de su turno, hasta su salida al finalizar éste, salvo que tras él se acuerde prolongar el depósito, ya voluntariamente y no *ex artículo* 1783 CC. También en este caso, al igual que en el del artículo 7 LAT, el arrendador responderá de los daños causados por sus empleados –en virtud de una especie de culpa *in eligendo* (arts. 7.I LAT, 1784 y 1903.IV CC)–, y por los demás arrendatarios, que son terceros –«*extraños*», según art. 1784 CC– frente al arrendatario cuyos efectos personales han sido dañados o sustraídos sin violencia o intimidación¹⁵⁷.

Junto a las consecuencias y garantías de los artículos 7.II LAT, 1555.2.º y 1561 CC, tal vez la expresión más significativa de las obligaciones de uso diligente y de devolución del inmueble al estado convenido, y que manifiesta a su vez la proyección extracontractual o refleja de las mismas en beneficio de los demás arrendatarios que usan del mismo inmueble, sea la prohibición de alterar el alojamiento amueblado que contiene el artículo 1.1 LAT¹⁵⁸. Sin salvedad, ni atenuación ninguna, dicha norma, que define el derecho de aprovechamiento por turno, dice categóricamente: «*La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario*»¹⁵⁹. Dicho límite legal, aunque parezca ser fiel trasunto del *salva rerum substantia* del artículo 467 CC sobre usufructo, es también obligación personal que ha de asumir, *ex lege*, el arrendatario por turnos (cfr., arts. 1557, 1561 CC y el párrafo último del art. 1.1 LAT en su remisión a su ap. 6), lo que, dada su rotundidad prohibitiva y la *ratio* que la justifica –la protección del goce, de los turnos de los demás arrendatarios del mismo inmueble–, impedirá la aplicación, supletoria o convencional, del artículo 23.1 LAU¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Refiriéndose a los «*empleados*» del artículo 7.I LAT, en aras de la protección del adquirente del derecho-turno, MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 133; y MORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, p. 182, creen que han de entenderse *in sensu lato*.

¹⁵⁸ Cree COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 339 y 340, que la obligación de cuidado y de devolución del alojamiento en las condiciones pactadas es consecuencia de la obligación de no alterarlo *ex artículo* 1.1 LAT. Más bien parece ser al revés: el artículo 1.1 LAT es consecuencia y concreción de aquella obligación más amplia y general.

¹⁵⁹ Una vez más se demuestra la importancia de los bienes muebles como objeto afecto al alojamiento para el uso turístico y su sometimiento al mismo régimen legal que el inmueble por naturaleza (cfr., los ya vistos, arts. 1.1, 5.1.3.º, 8.4 y 9.2 LAT, 2.2 LAU, 333.4 y 5, 1097 y 1582 CC).

¹⁶⁰ En principio, ambas normas –arts. 1.1 LAT y 23.1 LAU– coinciden en limitar al arrendatario en la realización de ciertas obras, pero haciéndolo con alcance absoluto el artículo 1.1 LAT (cualquier alteración) y limitadamente el artículo 23.1 LAU (modificación de la configuración del inmueble arrendado o disminución de su estabilidad): dada la amplitud del artículo 1.1 LAT, que no limita su ámbito a ningún tipo de obras, cabría referir la prohibición en ella contenida a las obras de mejora, de conservación y, en su caso, de repa-

III. FACULTADES DEL ARRENDATARIO, Y DEL ARRENDADOR

1. El contenido esencial del aprovechamiento: la facultad de goce por turno y la exigencia de los servicios complementarios y de mantenimiento del inmueble (remisión)

En virtud del artículo 1.1 LAT, que delimita el ámbito normativo de la LAT y define el derecho de aprovechamiento por turno en cualquiera de sus modalidades (cfr., su frase final), las facultades de exigencia de los servicios complementarios y de mantenimiento del alojamiento arrendado, y de goce por turnos de aquél constitu-

ración, con independencia de que impliquen o no transformación de la forma o sustancia del bien arrendado (art. 467 CC, inclusive, si se apura, la «mejora útil» de los arts. 487 y 1573 CC). Asimismo, difieren ambas normas en que mientras el límite legal del artículo 1.1 LAT es absoluto, sin excepción, el artículo 23.1 LAU permite al arrendatario la alteración sustancial o formal del inmueble arrendado con el consentimiento escrito del arrendador, por cuanto —como entiende la *communis opinio*— tal modificación constituye un acto de disposición que, por tanto, sólo puede realizar el dueño. ¿Cabría acaso aplicar, supletoriamente *ex* artículos 1.6 LAT y 4.3 LAU, tal salvedad al arriendo vacacional por turno? No parece que así lo permita el artículo 1.1 LAT, no tanto ya por el simple hecho de que aquellas obras debería hacerlas el arrendatario dentro de su turno sin invadir los turnos siguientes ajenos, ni porque, dada la brevedad de cada turno (*ex* art. 1.3 LAT), carezca de aplicación en la práctica el artículo 23.1 LAU (a esta razón, como menor, alude COSTAS, L., *op. cit.*, p. 340), ni porque los intereses en juego sean distintos a los previstos en el artículo 23.1 LAU, sino porque hay más intereses: al del arrendador, a quien se le habría de pedir el consentimiento *ex* artículo 23.1 LAU, y al del arrendatario, que deseara modificar el inmueble arrendado, se suman ahora intereses ajenos, de terceros (por no ser parte de aquella relación contractual, aunque sí del mismo régimen): el artículo 1.1 LAT protege el interés de los demás arrendatarios que, aunque de forma sucesiva y no simultánea en el tiempo, gozan del mismo alojamiento y de sus elementos accesorios en las condiciones habitable y turística establecidas —escrituradas—, prometidas —ofertadas— y contratadas —inventariadas— desde un principio con el arrendador, que no pueden verse frustradas [arts. 5.1.1.º a 3.º, 8, *aps. 2.d) e i)*, y 4, y art. 9, *aps. 1.3.º y 2* LAT]. Por esto mismo, ni siquiera cabría eludir la prohibición del artículo 1.1 LAT simplemente contando con el consentimiento escrito del arrendador y, además, con el de todos los demás arrendatarios del mismo alojamiento que se quiera modificar, aunque esta fuese la solución prevista en el B-91, y la que haya acogido en Portugal el D-L 275/1993, de 5 de agosto. Por lo que afecta a nuestra LAT, la única salida posible —pero harto improbable en la práctica por su elevado coste económico— sería modificar el régimen de goce por turno conforme a los requisitos de escritura e inscripción y de acuerdo de los artículos 6.4 y 15.4.1.º LAT, como así lo dice RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 81, nota (31); mas ello podrá ser así no por aplicación supletoria del artículo 23.1 LAU, ni siquiera por la del artículo 5 Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites para eliminar barreras arquitectónicas a personas con discapacidad, que únicamente se refiere al consentimiento del dueño y al de la comunidad de propietarios del edificio cuando las obras del arrendatario minusválido afectan a los elementos comunes del edificio. La aplicación convencional de tales normas sobre arriendos urbanos ordinarios *ex* artículos 4.3 y 30 LAU, ya sea por decisión propia del arrendador, expresada en el título constitutivo del régimen, ya sea acordada luego en cada contrato con los arrendatarios, podría incluso resultar nula por vulnerar lo impuesto en el artículo 1.1 LAT en beneficio e interés de todos los arrendatarios del mismo alojamiento (arts. 2.1, 5.1.5.º y 6, *aps. 2 y 3* LAT).

yen los dos pilares esenciales, o irrenunciables, del contenido de poder que ostenta el titular del derecho-turno (cfr., arts. 2.1, 5.1.4.º y 6.1 LAT). No es ya el momento de profundizar en la esencialidad y en el contenido, objeto, límites y garantías de tales facultades. Ya se ha hecho en el oportuno.

2. La facultad de «libre» disposición *inter vivos* del derecho de arrendamiento por turno, y la de la propiedad del inmueble arrendado

Cuando el artículo 15.1 LAT dice que «*el titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede disponer libremente de su derecho sin más limitaciones que las que resultan de las leyes y sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen*», la cuestión que suscita es evidente¹⁶¹: ¿a qué limitaciones en las leyes y en el propio régimen constituido se refiere? ¿Acaso, por tratarse de un goce por turno arrendaticio, tales limitaciones legales vendrán establecidas en la LAU, en el CC en su caso, ex artículos 1.6 LAT y 4.3 LAU y CC¹⁶²?

Salvadas las distancias, aquel interrogante es también trasladable al artículo 1.4 LAT –de ahí el tratamiento conjunto de ambos preceptos–, que dice en su último párrafo: «*El propietario del inmueble, sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, podrá libremente disponer de su derecho de propiedad con arreglo a las normas de Derecho privado.*»

Por lo que respecta a la disposición del arriendo por turno, en absoluto son aplicables, por subsidiariedad legal ni *ex voluntate*,

¹⁶¹ También podría plantearse como cuestión –evidentemente menor, por ser de fácil solución– si dicho artículo 15.1 LAT abarca a todo derecho-turno o sólo al de naturaleza real, como así parece desprenderse del propio artículo 15, cuyo ap. 2 habla de derecho «*real*», y así lo cree MUNAR, P. A., *op. cit.*, p. 200. En nuestra opinión es sólo un lapsus del legislador. En el Proyecto LAT se introdujo un ap. 3 al artículo 15 que establecía unos límites referidos al posible número de rentas anticipadas y al momento de pago adelantado para cuando la disposición –cesión, decía– se refiriese al goce por turno arrendaticio. Fue, sin embargo, la enmienda 84 de CiU ante el Congreso la que propuso, con aceptación, la supresión de aquel ap. 3 del artículo 15 por cuanto limitaba extraordinariamente la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación de los propios adquirentes. Desaparecido, entonces, ese ap. 3 debe entenderse que el ap. 2 del artículo 15 LAT, aunque siga hablando de la disposición de los «*derechos reales*» de goce por turno, es aplicable al arriendo por turno ex artículo 1.6 LAT y que, por tanto, ha sido un desliz del legislador no eliminar la palabra «*reales*». De hecho, el ap. 1 del artículo 15 se refiere a la libre disposición del derecho-turno en general, y su actual ap. 3 menciona expresamente la cesión del goce por turno jurídico real o jurídico-personal. Se limita a decir RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 117, que el artículo 15 LAT es aplicable al arriendo por turno aunque ello choque con la naturaleza jurídica y el carácter personalísimo de los arrendamientos por temporada (¿*quid?*).

¹⁶² También se lo pregunta, mas sin responder, MARTÍNEZ-PIÑEIRO, E., *op. cit.*, p. 191.

los límites y condiciones del artículo 32 LAU: por un lado, porque en su presupuesto fáctico no se adecua a los rasgos –objetivo y teleológico–, que son esenciales, del arriendo por turno¹⁶³; y, por otro, porque en su consecuencia, en la fijación de condicionamientos en la disposición del derecho arrendaticio, contradice la libre disponibilidad de cualquier derecho-turno que, para hacerlo más atractivo económicamente, proclama el artículo 15 LAT. Así, *a. e.*, de aplicarse al arriendo por turno las exigencias de notificación de la disposición hecha y de elevación de la renta contenidas en el artículo 32 LAU, ello coartaría la facultad dispositiva del arrendatario, no en su ámbito, pero sí en sus posibilidades: porque si bien la elevación de renta no repercute en el arrendatario que dispone de su derecho cediéndolo o subarrendándolo, sí coarta la disponibilidad de su derecho por cuanto aquel aumento del alquiler puede desincentivar al posible cesionario o subarrendatario. Por idéntica razón, tampoco cabe acudir, ni *ex* artículos 4.3 LAU y CC, ni convencionalmente, al CC, sobre cesión y subarriendo; ni la salvedad del artículo 1550 CC (prohibición expresa de subarriendo), ni la exigencia del artículo 1205 CC (necesaria autorización del arrendador en cuanto acreedor), concuerdan con la libre disposición del artículo 15.1 LAT: la primera destruye o elimina, proscribiéndola, la propia posibilidad y facultad dispositiva del derecho arrendaticio; y la segunda, aun posibilitándola, la restringe en su libre ejercicio. Es, además, así, asegurando *ope legis* la libre disponibilidad del derecho de aprovechamiento por turno, aunque sea arrendaticio, como se hace más atractiva esta figura para los consumidores, y más rentable para el propio promotor, porque saben desde un principio esos

¹⁶³ A pesar de la ubicación del artículo 32 LAU, dentro del Título III LAU sobre arrendamientos urbanos para uso diverso al de vivienda, en su letra, frente a la enumeración amplia y abierta del artículo 3.2 LAU, se restringe intencionadamente –a la vista de su propia tramitación parlamentaria– y de modo taxativo el ámbito normativo para referirse a «*la finca arrendada* –en la que– *se ejerza* –por el arrendatario, obviamente– *una actividad empresarial o profesional*». Siendo, pues, ese el ámbito normativo del artículo 32 LAU, y sea cual sea el sentido, estricto o amplio, que quiera darse a la expresión «*empresarial o profesional*», lo incuestionable es que siempre quedará excluido del artículo 32 LAU el arrendamiento-hospedaje por turnos del artículo 1.6 LAT, no por el hecho de la temporada en sí –como, en cambio, cree RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, p. 117–, sino: primero, por su objeto; aunque el artículo 32.1 LAU habla simplemente de «*finca*», sin precisar ya siquiera que ha de ser urbana [arts. 1 y 5c) LAU], el artículo 35 LAU en su remisión al artículo 32 LAU emplea, no por casualidad, el término «*local*», que de suyo está excluido de la LAT como posible elemento objetivo del goce por turno (art. 1.2 LAT), debiendo tratarse siempre de un alojamiento, de una edificación habitable que sirva en general para vivienda y en particular para el uso turístico, que es el propio y definitorio del arriendo de la LAT [arts. 1.1, 4, aps. 1b) y 4, 5.1, números 1.º, 2.º y 6.º LAT]; surge así el segundo dato del arrendamiento de la LAT que le hace escapar de la aplicación del artículo 32 LAU, el de su destino o fin, siempre vacacional o turístico y muy distinto, por tanto, de las actividades empresarial y profesional a las que, estricta o latamente, se refiere el artículo 32 LAU. Así, LORA-TAMAYO, I., *op. cit.*, pp. 47 y 322.

arrendatarios que cuando lo deseen pueden «revender» su derecho y así incluso recuperar lo invertido para sus vacaciones ¹⁶⁴.

Entonces, ¿a qué limitaciones legales, *extra* LAT, se refiere el artículo 15.1 LAT? Por la propia generalidad del precepto, tal vez dichos límites sean los generales de cualquier acto dispositivo: el respeto a los derechos de los demás titulares, el que nadie puede disponer ni transmitir más de lo que tiene, y el régimen de Derecho civil común sobre disposición de derechos, reales y personales, atendidos los rasgos del derecho-turno de la LAT. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede decirse de la disposición que de la propiedad del inmueble arrendado por turnos realice el dueño-arrendador (art. 1.4.IV LAT *in fine*).

A ello debe añadirse, tratándose del arriendo por turno, el límite que a su disposición supone su naturaleza obligacional; y es que el arrendamiento, frente al aprovechamiento por turno jurídico-real, resulta por comparación menos disponible *natura sua*: así, por ejemplo, dejando al margen viejas polémicas, no es posible —como vimos— la hipoteca del goce por turnos si es arrendaticio por ser derecho personal; y es discutible —como veremos— que sea disponible *mortis causa*.

No se conforma, sin embargo, la LAT con esa remisión a los límites generales de la disposición de cualquier derecho. También en ella se establecen límites más particulares con los que han de conjugarse aquellos otros más generales; a saber:

Si el arrendatario decide revender sus propios turnos o, incluso, vender los ajenos, actuando como intermediario del arrendador, habrá entonces de comportarse profesionalmente, como si del propio arrendador se tratara, esto es, cumpliendo las condiciones previas, de oferta y de información, y simultáneas a la transmisión a que se refiere el propio artículo 15.2 LAT por su remisión a los artículos 8 a 12 LAT [cfr., arts. 1.5, 2.1, 8, aps. 2a), 3 y 4, y art. 9, aps. 1.13.º y 3.III LAT].

¹⁶⁴ Por eso, dada la aplicabilidad exclusiva del artículo 15.1 LAT *versus* artículos 32 LAU, 1550 y 1205 CC, será innecesaria la exclusión convencional de tales normas *extra* LAT. Por el contrario, su inclusión convencional, unilateralmente decidida por el arrendador en la escritura o bilateralmente acordada por él y el arrendatario en el contrato arrendaticio, será nula por suponer ello, en perjuicio del arrendatario, la renuncia anticipada a una facultad que el artículo 15.1 LAT le concede (cfr., arts. 6.3 CC, 2.1, 5.1.5.º y 6.1 LAT, que sí hablan de la «*presente Ley*», de la LAT como norma imperativa que no cabe excluir ni infringir directa ni indirectamente). Siguiéndonos en lo que dijimos al respecto ya en AC, 1999, p. 1460, LORA-TAMAYO, I y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 47, 72 y 322; y, sobre todo, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 140 y 141. En cambio, sobre subarriendo, ARIAS DÍAZ, M. D., *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 434, cree que ex artículo 15.1 LAT cabe subarrendar sin necesidad de autorización del dueño-arrendador en tanto no se haya prohibido expresamente ex artículo 1550 CC.

Pero al margen de este supuesto, también el artículo 15 LAT establece límites –y efectos– para el caso de disposición a título particular –y no profesional– del propio derecho-turno. El artículo 15.2 LAT *in fine* se refiere a los efectos activos de la disposición del derecho, observándose: por un lado, su concordancia con el artículo 2.1 LAT por la referencia al respeto de los derechos que la propia LAT concede a favor del arrendatario y a los que no puede renunciar; y, por otro, la subrogación del adquirente en la posición activa del transmitente, en sus derechos frente al dueño-arrendador, aunque, por supuesto, sin olvidar a la posible empresa de servicios –de hecho, el art. 15.2 LAT dice «y *en especial*»–, aunque, como es sabido, con ella no se mantenga una relación contractual directa (arts. 13 y 16 LAT). Con un tono muy parecido al del artículo 15.2 LAT, mas referido a la propiedad del inmueble, se muestra el artículo 1.4.IV LAT en su «*sin perjuicio... de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno*».

Como reverso de la misma moneda, en cuanto a los posibles efectos pasivos de la disposición, el mismo artículo 15.1 LAT, tras afirmar la libre disponibilidad del derecho-turno y su sometimiento a los límites generales de cualquier acto dispositivo, añade: «y *sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen*». *Idem*, el artículo 1.4.IV LAT, sobre disposición del inmueble arrendado, en su «*sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen*». ¿Acaso significa todo ello que el transmitente –arrendatario o dueño– no se libera del régimen y queda vinculado al mismo, obligado por el mismo a pesar de la disposición hecha? Dependerá del contenido de la disposición; a saber:

Sólo cuando la disposición –del derecho arrendaticio o de la propiedad– sea parcial, de parte del contenido del derecho dispuesto, cabe entender *ex* artículos 15.1 y 1.4.IV LAT que el disponente no se libera de las obligaciones derivadas del régimen, que sigue vinculado a éste. Así, *a. e.*, sucederá cuando el dueño-arrendador constituya sobre el inmueble arrendado un derecho real menor de goce o un arriendo común (cfr., art. 3.III LPH *in fine* en su similitud con los arts. 1.4.IV y 15.1 LAT). En aquel caso, el dueño seguirá estando vinculado al régimen de arriendo por turno y obligado para con los arrendatarios. Lo mismo sucederá si es el arrendatario el que cede parcialmente su derecho (*v. gr.*, sólo algunos turnos aislados o sólo parte del alojamiento, aunque siempre con los accesorios, servicios y elementos comunes que le correspondan). Así también sucederá si se trata de un subarriendo, pues en tal caso, el arrendatario-subarrendador, aunque no disfrute de los turnos por

haberlos subarrendado, mantiene vigente su contrato con el arrendador (cfr., arts. 1150 *in fine* a 1552 CC)¹⁶⁵.

Pero cuando la disposición –del derecho arrendaticio o de la propiedad del inmueble– sea total, plena (cesión total del arriendo, venta del inmueble), no cabe mantener igual interpretación de los artículos 15.1 y 1.4.IV LAT: transmitido el derecho –arrendaticio o dominical– en su totalidad, han de entenderse también cedidas las obligaciones; pero siendo ello así, ¿cómo interpretar entonces aquellas expresiones del artículo 15.1 LAT –«*sin que la transmisión del mismo afecte a las obligaciones derivadas del régimen*»– y del artículo 1.4.IV LAT –«*sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares...*»? Habrá que entenderlas en su sentido más fundamental, referido a los límites generales de cualquier disposición –sea total o parcial– aplicados a la LAT; a saber:

En cuanto a la disposición del arriendo por turno turístico, que puede hacerse en cualquier momento sin tener que esperar al turno de goce correspondiente: puesto que se dispone del derecho en sí, en absoluto en tal disposición podrá establecerse un contenido del derecho cedido que altere el contenido del régimen, ni tampoco el de los derechos que la LAT concede imperativamente, impidiendo su renuncia, a cualquier titular de un derecho-turno (aps. 1 y 2 del art. 15 LAT, ambos *in fine*). Por eso, el arrendatario no podrá disponer de un objeto ni de un tiempo de duración superior al que tenga derecho como arrendatario, ni alterar el fin vacacional al que esencialmente y *ex lege* está adscrito todo derecho-turno (cfr., art. 8.2.II LAU)¹⁶⁶. Ahora bien, tendrá el arrendatario plena libertad para fijar

¹⁶⁵ Para ARIAS, M. D.: *op. cit.* (Dir. RUIZ-RICO), p. 434, nota (19), los artículos 1550 a 1552 CC son aplicables al aprovechamiento por turno arrendaticio *ex* artículo 4.3 LAU –y del propio art. 4.3 CC, podría añadirse–. Y es que amén de la esencial conexión de accesoriadad entre el arrendamiento y el subarrendamiento, el artículo 1550 CC *in fine* puede entenderse casi coincidente con el artículo 15.1 LAT *in fine* en su conexión con el artículo 2.1 LAT, por cuanto el subarriendo no afectará a las obligaciones que el arrendatario-subarrendador asumió con el arrendador en virtud del régimen y del contrato arrendaticio entre ambos celebrado y que aún pervivirá. Por eso mismo, conforme al artículo 15.1 LAT, el subarrendador seguirá estando obligado frente al arrendador por las obligaciones de pago de rentas y de las cuotas anuales por los servicios prestados, siendo incluso responsable frente a él de la posible actuación negligente del subarrendatario en el uso del turno; todo ello con independencia de la relación interna que exista, por tales obligaciones, entre subarrendador y subarrendatario y de la posible acción directa que el propio dueño o incluso la comunidad de arrendatarios pueda ejercitar frente al subarrendatario por la inobservancia de las obligaciones que sí le afectan, por asumirlas, en cuanto ocupante del alojamiento del que goza (*v. gr.*, obligación de uso diligente y no alteración del mismo; cfr., arts. 1.1 LAT, 1551 CC y 7.2 LPH *ex* art. 15.4.4.º LAT).

¹⁶⁶ A la duración, no del contrato, sino del régimen, se refiere GARCÍA ALGUACIL, M. J.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 153, como límite a la disponibilidad del derecho *ex* artículo 15.1 LAT. En la Ley griega de 1986, el artículo 2.2.º señala que el derecho arrenda-

el precio de la disposición y el momento de pago –salvo que el arrendatario haga de esa disposición su profesión (art. 15.2 LAT en su expresa remisión al art. 11 LAT)–, mas siempre sin poder alterar la cuantía de las cuotas anuales por los servicios prestados.

Otro tanto de lo mismo sucede cuando es el arrendador, siempre dueño del inmueble (art. 4.1 LT), quien dispone plenamente de su propiedad. Para tal supuesto, en los límites que el propio artículo 1.4.IV LAT refiere a la «libre» disponibilidad de la finca sometida al régimen de aprovechamiento por turno subyace la necesidad de que su dueño, o el que la adquiera tras su disposición, permanezca sujeto –subrogado, tratándose del adquirente– al régimen arrendaticio en todo su contenido y durante todo el tiempo de su vigencia, porque sólo así se asegura la propia pervivencia de los derechos-turno; lo cual se consigue con la obligada inscripción de la escritura constitutiva y reguladora de dicho régimen (cfr., arts. 1.4.IV, 3.1, 4.3, núms. 2.º, 3.º y 8.º del art. 5 LAT, 29 LAU, 1549 y 1571 CC)¹⁶⁷.

ticio es disponible *inter vivos*, tanto por subarriendo como por cesión, a un tercero, pudiendo serlo por uno o más de los períodos que comprende y sin que en ningún caso pueda exceder del límite temporal pactado en el contrato de arrendamiento.

¹⁶⁷ Sobre esa deseada vinculación del dueño del inmueble –cualquiera que éste sea– al régimen de aprovechamiento por turno, véase, una vez más, el último párrafo del ap. II de la Exp. Motiv. LAT. Una interpretación diversa –y más forzada nos parece– del artículo 1.4.IV LAT realiza RUIZ-RICO, J. M. (Dir.): *op. cit.* –y siguiéndole al comentar el artículo 16 LAT en la misma obra, GALVEZ CRIADO, A. (pp. 458 a 460)–: estima que el dueño puede disponer del inmueble, pero que debiendo quedar vinculado al régimen de aprovechamiento por turno, como dice la Exp. Motiv. LAT, habrá de seguir estando obligado con los titulares de los derechos-turno, y no el nuevo dueño, salvo que haya novación consentida por la comunidad de titulares (*ex arts.* 15.4 LAT y 1205 CC). Así lo demuestra, dice: la Exp. Motiv. LAT al decir que el dueño ha de estar «vinculado al régimen durante toda la vida de éste»; el artículo 16 LAT, en cuya virtud el dueño es siempre responsable por los servicios prestados, aunque los preste un tercero; los artículos 14 y 15.2 LAT que sí se refieren expresamente, frente al vacío del artículo 1.4 LAT, a la subrogación del adquirente en las obligaciones del cedente; y, sobre todo, la razón de todo ello: la protección del adquirente del derecho-turno en cuanto consumidor. Todo esto nos parece discutible por desmesurado: la vinculación del dueño al régimen que exige la Exp. Motiv. LAT para proteger al titular del derecho-turno puede lograrse refiriéndola a cualquiera que sea el dueño, sea el originario promotor o un posterior adquirente, asegurándose tal vinculación, precisamente, mediante la debida inscripción registral del régimen de goce por turno, sin necesidad de interpretar el artículo 1.4.IV LAT del modo en que lo hace RUIZ-RICO, quien no hace sino restringir el *ius disponendi* del dueño en contra de la libertad que proclama aquel mismo precepto. De la misma forma, los artículos 14 y 15.2 LAT, referidos a la disposición del derecho-turno y no a la del inmueble, abundan en el hecho de que tal disposición, sea plena o parcial, no alterará el régimen ya creado y que éste, no modificado, afectará tras la disposición al nuevo adquirente. Y, finalmente, nada añade a esta cuestión el artículo 16 LAT, que sólo refleja que la empresa de servicios es desde un principio un tercero para el titular del derecho-turno, pues ante éste sólo debe y responde el dueño del inmueble, cualquiera que éste sea. Sorprende, además, que RUIZ-RICO, tras interpretar de la forma expuesta el artículo 1.4.IV LAT, luego (p. 118), refiriéndose al goce por turno arrendaticio, sostenga la aplicabilidad del artículo 29 LAU; ¿para qué sostenerla –siguiendo aquella interpretación– si el dueño-promotor, tras la enajenación del inmueble, va a seguir siendo arrendador, aunque ya no dueño del inmueble arrendado?

Por cierto –y sirva lo que sigue como breve *excursus*–, que asegurándose de este modo la continuidad del arriendo por turno durante todo el tiempo de su vigencia, ¿para qué reconocer, además, los derechos de adquisición preferente legales, *ex* artículos 25 y 31 LAU, a favor del arrendatario por turno? No en vano, el posible reconocimiento de tales cargas reales en estos arrendamientos choca frontalmente con la libre disponibilidad del inmueble de la que goza el dueño-arrendador, según el artículo 1.4.IV LAT¹⁶⁸. Además, al margen de problemas concretos que originaría el reconocimiento de tales derechos por la pluralidad de arrendatarios con derecho a gozar del mismo inmueble, no hay una verdadera razón social ni económica, como en principio para los arriendos urbanos suele ser la necesidad de vivienda (*vid.*, penúltimo párrafo del ap. II del Preámbulo de la LAU) o la continuidad de la empresa, que justifique la concesión de un derecho de adquisición preferente al titular de un arriendo cuyo único destino es el turístico –de puro ocio o recreo– y cuyo ejercicio es periódico y breve, por el simple hecho de que, durante al menos una semana al año (art. 1.3 LAT), goce del alojamiento arrendado¹⁶⁹.

CAPÍTULO CUARTO

TERMINACION DEL ARRIENDO VACACIONAL POR TURNO

I. LA RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO POR TURNO VACACIONAL

Existen en la LAT causas resolutorias específicas del aprovechamiento por turno, unas veces a instancia del arrendador y otras a la del arrendatario (arts. 10, 11.2, 13 y 16 LAT). Pero no contem-

¹⁶⁸ Así, LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, p. 47, quien para excluir la aplicación del artículo 31 LAU al arriendo por turno también se apoya –innecesariamente, creemos– en el artículo 25.7 LAU. Porque, aunque como dice el Preámbulo de la LAU, el tanteo y el retracto no supongan una grave onerosidad para el arrendador, no dejan de ser límites, cargas impuestas por la propia ley que inciden, limitándolas, en la libre disposición de la finca y en la libertad de contratación del arrendador. Y no parece que en el artículo 1.4.IV LAT se haga implícita referencia a los derechos de tanteo y retracto, como supuestas «limitaciones al régimen» que asume el dueño-promotor o como pretendidas «facultades de los titulares» en cuanto arrendatarios, que regulan los artículos 25 y 31 LAU, como sujeción «a las normas del Derecho privado» a que se refiere el artículo 1.4 LAT, sino a la necesidad de la vinculación al régimen –antes referida– por parte de –cualquiera que sea– el dueño del inmueble.

¹⁶⁹ Así, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.): *op. cit.*, p. 119.

plándose en ellas, como es lógico, todas las posibles causas de resolución, y siendo el arriendo por turno una especie *sui generis* de arriendo urbano diverso al de vivienda, supletoriamente habrá que acudir en principio, *ex* artículos 1.6 LAT y 4.3 LAU, al artículo 35 LAU, en su remisión al artículo 32 LAU y a parte del artículo 27.2 LAU; y también, por la parcialidad de esa remisión, habrá que acudir como fuente subsidiaria de segundo grado, *ex* artículos 4.3 LAU y CC, al régimen común y al arrendaticio de resolución contractual (*cfr.*, arts. 1124, 1556 y 1568 CC).

En ese recurso subsidiario a la LAU y, en su caso, al CC habrá casos en que la resolución prevista en tales normas sea perfectamente aplicable, sin particularidad ninguna, al arriendo de la LAT, pero habrá otros supuestos resolutorios que le serán del todo inaplicables por no acomodarse a la LAT o a la peculiaridad del arriendo por turno vacacional. Y, finalmente, habrá casos en que la posible aplicación de la LAU o del CC incidirá de una u otra forma en las causas resolutorias contempladas en la propia LAT. Esto último sucederá especialmente con el artículo 35 LAU, que, sobre la resolución instada por el arrendador por determinadas causas, se refiere a una resolución «*de pleno derecho*», creyendo, al respecto, la *communis opinio* –siendo por ello innecesario citarla– que se trata de una resolución que, cuando se fundamenta en las causas que expresamente se enumeran en aquel precepto, opera, *ipso iure*, de modo automático y con efectos directos, sin que el juez pueda ponderarlos ni otorgar al obligado incumplidor un plazo prudencial para que cumpla, siendo, en cualquier caso, meramente declarativa su sentencia ^{169 bis}.

1. Resolución a instancia del arrendador

1.1 CAUSAS RESOLUTORIAS COMUNES DEL ARRENDAMIENTO URBANO INAPLICABLES EN ABSOLUTO, Y APLICABLES SIN NINGUNA PECULIARIDAD AL ARRIENDO POR TURNO VACACIONAL

No siendo aplicable –según vimos– al arriendo de la LAT la exigencia de fianza contenida en el artículo 36 LAU, tampoco será

^{169 bis} Adviértase que se parte de un contrato ya válidamente celebrado, y del cual el arrendatario no ha desistido *ad nutum*. No entramos, por tanto, en la posible obligación de ceder –de arrendar– que el promotor, por sí o por intermediario, haya de asumir por el documento informativo de promoción que, expedido antes de la posible celebración del contrato, la LAT califica como oferta vinculante (*cfr.*, arts. 8 LGDCyU y 3.2 RD 515/1989, sobre protección a consumidores sobre información a suministrar en la compraventa y arrendamiento). Para ello, entre otros, MUNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 141 y 142; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 273 a 278; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.), *op. cit.*, pp. 255 a 262; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 198

causa de resolución de pleno derecho, *ex* artículo 35 LAU en su remisión al artículo 27.2*b*) LAU, su impago inicial o actualizado; ni siquiera será causa de resolución normal, sin ser de pleno derecho, cuando su prestación, como la de cualquier otra garantía *secundum* artículo 11.1 LAT, haya sido acordada voluntariamente por las partes, porque siendo, la de prestar garantía, una obligación accesoria y no recíproca no parece que deba tener cabida, en principio, en el artículo 1124 CC; ello, a pesar de la excesiva amplitud del artículo 250.1.1.º LEC.

Tampoco será aplicable al arrendamiento por turno la causa resolutoria de pleno derecho que establece el artículo 35 LAU en su remisión al ap. 4 del artículo 32 LAU, porque, como se advirtió, *ex* artículo 15 LAT, el artículo 32 LAU no es aplicable en ninguno de sus párrafos al arrendamiento de la LAT. Ni siquiera cuando convencionalmente en el arriendo por turno se incluyera la aplicación del artículo 32.4 LAU o, más específicamente, la necesidad de notificación de la disposición hecha por el arrendatario habrá, en caso de no comunicación, causa resolutoria, ni de pleno derecho (*ex* art. 35 LAU), ni normal (*ex* arts. 1124, 1568 *in fine* y 1569.3.º CC): es una obligación menor o accesoria que en su posible exigencia en el arriendo por turno pierde la importancia que sí tiene para los arriendos urbanos sometidos al artículo 32 LAU: en la LAU la no notificación de la disposición hecha del derecho arrendaticio se convierte en causa de resolución en cuanto impide al arrendador hacer efectivo su derecho al aumento de la renta; si en la LAT la disposición –ya vimos– no otorga derecho a tal incremento, la no notificación no puede tener ese efecto resolutorio.

En cambio, será aplicable al goce por turno arrendaticio, haciendo que la resolución sea de pleno derecho *ex* artículo 35 LAU, la causa resolutoria contenida en la letra *e*) del artículo 27.2 LAU: «*Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas*» (cfr., art. 114.8.ª I LAU-1964). En su aplicación al arriendo por turno, tal vez lo único destacable sea la especial trascendencia que puede tener la realización de actividades molestas por el arrendatario o por las personas que con él convivan o que de él dependan –*v. gr.*, subarrendatario *ex* arts. 1550 y 1551 CC– (cfr., art. 1564 CC), tanto en el alojamiento, incluyéndose los propios muebles adscritos de modo constante a él y a su destino vacacional (art. 1.1 LAT), como en los demás servicios e

a 203. Tampoco ya vamos a entrar en las posibilidades, ya indicadas en otro lugar, de desistir o de resolver el contrato *ex* artículo 10 LAT (cfr., arts. 8 y 9 LAT). Para más detalle al respecto, MÚNAR, P. A., *op. cit.*, pp. 166 a 182; COSTAS, L., *op. cit.*, pp. 294 a 305; RUIZ-RICO, J. M. (Dir.) y QUESADA, A. J., *op. cit.*, pp. 311 ss.; y TENA ARREGUI, R., *op. cit.*, pp. 260 a 278.

instalaciones comunes del inmueble, esté o no sometido al régimen de propiedad horizontal (cfr., art. 27.2e) LAU, que sólo habla de «vivienda»), que molestaría así a los demás arrendatarios, sobre todo a los vecinos de distinto alojamiento, pero del mismo edificio o complejo inmobiliario (v. gr., causación de ruidos, de malos olores,...). Tal vez por ello, con independencia del seguro que al respecto ha debido suscribir el dueño-arrendador para cubrir tales riesgos y daños (art. 7.II LAT), en virtud de los artículos 15.4 LAT y 7.2 LPH (éste *ex* art. 15.4.5.º LAT), y dependiendo, en cierto modo, de lo dispuesto en los estatutos del régimen, es posible que sea la propia comunidad de arrendatarios por sí misma y directamente, a través de su presidente o representante, previo acuerdo por mayoría simple de los arrendatarios –del mismo alojamiento o del mismo edificio *in complexu*, según cuál haya sido el ámbito objetivo de la molestia (cfr., arts. 15.4.2.ª LAT y 7.2.III y IV LPH)– y sin necesidad de solicitarlo al promotor-arrendador, la que inste ante el juez, previo aviso fehaciente al arrendatario perturbador, la cesación de aquella actividad¹⁷⁰. Es posible que dicha acción prospere traducándose finalmente en la extinción misma del contrato arrendaticio y en el lanzamiento del arrendatario, pero esto no será consecuencia directa de la acción de cese interpuesta por la comunidad de arrendatarios, sino de la decisión del juez (art. 7.2 LPH en su último párrafo): Porque la facultad resolutoria en sí del contrato arrendaticio, de pleno derecho *ex* artículos 27.2 y 35 LAU, sólo corresponde, por ser el único vinculado contractualmente con el arrendatario perturbador, al arrendador, que a lo más únicamente podrá ser instado por los arrendatarios para que en efecto resuelva, mas sin que ello, a diferencia de lo que disponía el artículo 114.8.ª LAU-1964, le obligue, salvo que así se haya acordado en los estatutos de la comunidad de arrendatarios, lo que parece improbable en la práctica.

También tiene particular importancia en el arriendo por turno, aunque sin incidencia especial por no ser de pleno derecho al no comprenderse en el artículo 35 LAU, la resolución por cambio unilateral, por voluntad del arrendatario, del destino legal turístico en el uso del inmueble arrendado (arts. 1124, 1555.2.º, 1568 y 1569.4.º CC *ex* arts. 4.3 LAU y CC).

Otro tanto de lo mismo, aunque con alguna peculiaridad sin que la resolución sea de pleno derecho, sucede con la obligación de usar el alojamiento dentro del turno arrendado sin excederse del

¹⁷⁰ Una acción de cese que según el artículo 15.3 Anteproyecto LAT parecía incluso corresponder a la empresa de servicios; pero como ya en otras ocasiones ha quedado dicho, tal precepto, y los demás que regulaban el régimen jurídico de la sociedad de servicios, fueron eliminados por entenderse que la materia era competencia normativa exclusiva de las CCAA.

mismo. El incumplimiento de esta obligación, aunque a simple vista pudiera sorprender –sobre todo a los procesalistas–, convertiría al arrendatario en precarista ¹⁷¹, sin necesidad, por supuesto, de esperar a la extinción o a la resolución misma del contrato para que la precariedad, ella sola y sin conexión ya con arriendo ninguno, surja. Sería el caso en que el arrendatario continuase usando el alojamiento arrendado una vez finalizado, no el contrato –pues, entonces, habría extinción–, sino el período o turno que le corresponda sin que proceda a la obligada devolución de dicho alojamiento ¹⁷²: por un parte, sería un goce sin pago de renta; ésta se satisface en este tipo arrendaticio, anticipadamente o no (art. 1.6 LAT), sólo como contraprestación al goce de los turnos contratados y en los que el alojamiento va a ser poseído. Tampoco la cantidad que ha de prestar el arrendatario al arrendador, o en su caso reflejamente a la empresa de servicios, como contribución a los gastos de mantenimiento y limpieza o por la concesión de servicios comunes, destruye la gratuidad de aquel uso ilícito, ejercitado fuera del turno correspondiente. El pago de dichas cantidades no es contraprestación por el uso en sí de la finca, no constituye renta o alquiler *stricto sensu*, sino cantidad adicional a ella que es debida por el arrendatario, no por el propio arrendamiento de la finca, sino por el arriendo de servicios (arts. 5, núms. 3.º y 7.º, 8.1, letras *e*, *f*) y *h*), y art. 9.1.5.º LAT). Y, por otra parte, aunque el arrendatario dispone de un título válido y eficaz –el contrato de arrendamiento celebrado con el arrendador–, en aquel caso, por haberse extralimitado temporalmente en el goce de la finca, dicho título se torna en ineficaz o, al menos, en insuficiente, porque al ser un título que legitima al uso de la finca sólo dentro de los turnos pactados, fuera de éstos el derecho a poseer que aquél confiere cederá, por razones de prevalencia y exclusividad, ante el mejor derecho a poseer que tiene el arrendador o el arrendatario al que corresponde el uso del turno que ilegítimamente ha sido invadido por el anterior arrendatario (*vid.*, art. 1.1 LAT, en su referencia al carácter «*exclusivo*» de la facultad de goce). Es posible, pues, la resolución por precario en el arriendo por turno vacacional ¹⁷³.

¹⁷¹ Sobre la crítica, unánime entre los procesalistas, al ya derogado artículo 39.3 LAU en su previsión de la resolución y desahucio del arrendatario por precario, por entenderse que la precariedad y el arrendamiento son situaciones incompatibles por ser aquella gratuita y simplemente tolerada (sin título que legitime la tenencia) y éste esencialmente contractual y oneroso (la renta), *vid.*, por todos, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: *El desahucio arrendaticio urbano. Aspectos sustantivos y procesales...*, Oviedo, 1999, pp. 33 a 35.

¹⁷² Así lo advertimos en *RCDI*, 1996, p. 309.

¹⁷³ Otro cantar, por supuesto, será la insuficiencia del juicio verbal del desahucio por precario previsto en la LEC, no en sí para desalojar al arrendatario-precario, sino para que dicho desalojo se haga con tiempo suficiente –lo más rápidamente posible– a favor del

1.2 LAS CAUSAS RESOLUTORIAS CONTEMPLADAS, DE UNO U OTRO MODO, EN LA LAT A FAVOR DEL ARRENDADOR

1.2. A) *Resolución por impago de la renta*

En principio, ningún problema relevante de aplicación al arrendamiento por turno de la LAT plantea la resolución por falta de pago de la renta, en cuanto turno o contraprestación esencial y principal que el arrendatario entrega al arrendador a cambio del goce de la finca por cada turno contratado (arts. 1543, 1554.1.º, 1555.1.º y 1569.2.º CC), aunque con la singularidad *ex* artículo 35 LAU, que se remite al artículo 27.2.a) LAU, de permitir que la resolución sea de pleno derecho (*vs* arts. 27.1 LAU, 1556 y 1568 CC *in fine* en la conexión de todos ellos con el art. 1124 CC)¹⁷⁴. Ahora bien, tratándose de los arriendos de la LAT, y de haberse estipulado de forma anticipada el pago de la renta, de todas las rentas o sólo de algunas (art. 1.6 LAT), frente a lo que constituiría práctica común

arrendatario invadido en su turno (arts. 249.1.6.º, 250.1.1.º y 2.º, 440.1 y 447.1 LEC); pero, *¿acaso hay procedimiento que pueda ventilarse en la duración –brevísimas– de un turno de goce?* Tal vez por ello antes de la LAT los borradores de *timesharing* acogieron otro tipo de medidas: la sanción pecuniaria en caso de no desalojo de la finca una vez acabado el turno (art. 6.4 B-92); la defensa posesoria del inmueble, y la posibilidad de accionar el desahucio, en manos de la empresa de servicios (arts. 9.1.º y 18.2 B-88) –posibilidad aparentemente negada *de lege lata* por los artículos 13 y 16 LAT, por ser simple arrendatario de los servicios pactados con el promotor-arrendador, salvo que así se acuerde en la escritura constitutiva del régimen o en sus estatutos (art. 13 LAT en su frase inicial)-. Actualmente, no cabe duda de que, además del promotor-arrendador, también los otros arrendatarios, especialmente los que hayan sido perturbados en su turno, tendrán legitimación activa para interponer la acción de desahucio por precario contra el arrendatario precarista, incluso de forma conjunta (arts. 71, 72 y 438, aps. 3.1.º y 4 LEC). Porque aunque no tengan derecho real en la finca, ni puedan resolver el contrato arrendaticio del arrendatario-perturbador –sólo podrá hacerlo el arrendador–, por virtud de su título arrendaticio tienen *ius possidendi* («derecho a disfrutarla», decía el art. 1564 LEC anterior, y «derecho a poseer dicha finca», dice el art. 250.1.2.º LEC vigente), es decir, derecho a poseer la finca dentro del período que le corresponde de forma excluyente. En cualquier caso, ninguna de estas medidas resolvería satisfactoriamente el problema indicado; aspiran más a la sanción del precarista que a la protección del arrendatario perjudicado. De nuevo, la oportunidad de los llamados alojamientos «comodines» a los que en otros lugares de este trabajo nos hemos ya referido.

¹⁷⁴ Cuestión ciertamente ardua –y que excede de estas páginas– es conjugar la resolución por impago de la renta, que es de pleno derecho en virtud del artículo 35 LAU, y la posibilidad de enervar la acción de desahucio. En el caso particular del arriendo por turno, para RUIZ-RICO, J. M. (Dir.): *op. cit.*, p. 119, no hay ningún problema en la aplicación de las normas sobre enervación de la acción de desahucio. Pero en nuestra opinión no puede ser por menos que criticada la grosera generalización contenida en la vigente LEC que, a diferencia de la razonable restricción que establecía al respecto el artículo 1563.1 LEC anterior, parece permitir la enervación de la acción de desahucio en todo arriendo inmobiliario sin excepción (arts. 22.4, 439.3, 440.3, 444.1 y 447.2 LEC), cuando tradicionalmente su concesión implicaba un privilegio –procesal y sustancial (*vs* arts. 1124 y 1569.1.º CC)– cuya *ratio*, que había de existir para justificar su concesión legal, era la posibilidad de continuar la posesión de la finca arrendada por razones de vivienda o de trabajo; razones que, en absoluto, se dan en el arriendo –de puro ocio o recreo– de la LAT.

–condicionar la celebración del contrato a la satisfacción de tales rentas, o la sincronía temporal entre la celebración del contrato y el pago anticipado del alquiler–, lo cual imposibilitaría, o haría muy difícil, una resolución del contrato por impago de la renta, en el arriendo por turno, en cambio, tal hipótesis –la de resolución por impago de renta anticipada– es viable por la necesaria separación temporal que oscilando entre diez días, como mínimo, y tres meses y diez días, como máximo, siempre ha de existir, por imperativo legal, entre la celebración del contrato arrendaticio y el pago, aunque sea anticipado, de las rentas *ex* artículos 11.1 y 10 LAT. Es posible, pues, que transcurrido ese tiempo, en que el arrendatario puede desistir o resolver el contrato según cada caso, dicho arrendatario no pague las rentas que se obligó a satisfacer por adelantado, posibilitando, entonces, que el arrendador resuelva el contrato, sin que pueda exigir al arrendatario una indemnización, salvo que éste hubiere constituido alguna garantía al respecto (art. 11.1 LAT).

Para reclamar el pago de la renta, si ésta debe ser totalmente anticipada, el arrendador dispone del plazo general de quince años *ex* artículo 1964 CC, a computar, no desde la formalización por escrito del contrato, sino desde la finalización del plazo de que dispone el arrendatario para desistir o para resolver el contrato. La acción personal de reclamación de la renta sólo prescribirá a los cinco años *ex* artículo 1966.2.º CC cuando, conforme a esta norma, el pago de la renta por los turnos contratados sea plural y periódico –exigible por año o por plazo inferior al año–, computándose entonces dicho plazo quinquenal desde el día fijado de vencimiento ¹⁷⁵.

1.2. B) *Resolución por impago de la cuota anual por los servicios prestados*

Sabiendo ya que la facultad del arrendatario a exigir la prestación de los servicios complementarios, que integra el contenido de su derecho según artículo 1.1 LAT, es esencial –«*inherente*», dice el art. 5.1.4.º LAT–, es lógico, *a contrario sensu*, que la contraprestación pecuniaria por tales servicios sea igualmente esencial

¹⁷⁵ En cualquier caso, y he aquí una especialidad del arriendo de la LAT frente al hospedaje común, no parece que sea aplicable al arriendo por turno el plazo prescriptivo especial de tres años del artículo 1967.4.º CC, aunque en esta norma se haga expresa y específica referencia al hospedaje y al abono del precio de la habitación: es la singularidad temporal, la posible larga duración del hospedaje de la LAT, que puede ser de hasta cincuenta años (arts. 1.6 y 3.1 LAT), y la espera impuesta para el cobro de la renta única y anticipada (arts. 10 y 11 LAT), lo que impide la aplicabilidad del artículo 1967.4.º CC; un precepto éste que, pensado para los hospedajes comunes, generalmente muy breves y donde las deudas son prontamente satisfechas, en absoluto se adecua a los rasgos –sobre todo, temporales– del hospedaje de la LAT.

[arts. 5.1.7.º, 8.2.h), 9.1.5.º LAT], lo que justifica, a su vez, que su impago sea de suyo causa resolutoria del contrato y de desalojo del inmueble [cfr., el párrafo cuarto del ap. III de la Exp. Motiv. LAT, y arts. 250.1.1.º LEC y 27.2.a) LAU, al que se remite el art. 35 LAU, como más amplios que el art. 1569.2.º CC, que sólo se refiere al impago de la renta].

En ese sentido, aun siendo suficiente con el impago ocasional —el de una sola cuota anual—, no es posible, sin embargo, que en tal hipótesis la resolución del contrato sea *ab initio* de pleno derecho como dicen los artículos 27.2 y 35 LAU ¹⁷⁶, porque a los efectos de que prospere la acción resolutoria, habrán de cumplirse los requisitos que el artículo 13 LAT exige: impago de las cuotas durante un año, es decir, de una sola de las cuotas anuales que han de pagarse —de una sola vez o fraccionadamente en vencimientos inferiores al año—; requerimiento previo, judicial o notarial —«fehaciente»— por parte del arrendador —«a instancia de la empresa de servicios», en su caso, dice el art. 13.1.II LAT— para que en el plazo de gracia de treinta días naturales el arrendatario satisfaga dichas cuotas [arts. 9.1.9.º c), y 13.1 LAT vs art. 39.6 LAU —ya derogado—] ¹⁷⁷; y, adicionalmente, *ex* artículo 13.3 LAT, el arrendador deberá devolver o consignar —*v. gr.*, judicial o notarialmente, a salvo la posible

¹⁷⁶ Y esto —como vamos a comprobar—, aunque para COSTAS, L.: *op. cit.*, p. 440, nota (616), exista una correspondencia entre el artículo 13 LAT y el artículo 35 LAU en su remisión al artículo 27.2.a) LAU. Más sorprende que ARIJA, C.: y ALGABA, S.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 403 nota (32), consideren inaplicable el artículo 13 LAT al goce por turno arrendaticio, al que sólo cabe aplicar, dicen, el artículo 1124 CC o el precepto concordante de la LAU, sin precisar cuál. Tal opinión es corregida luego en la misma obra por su director Ruiz-Rico, J. M. (Dir.): *op. cit.*, p. 119.

¹⁷⁷ Probablemente, por esos requerimiento de pago y plazo de gracia previos a la resolución, no parece que deba sumarse o acumularse a ellos la enervación de la acción de desahucio por impago de las cuotas anuales, aunque tal enervación sea contemplada en la LEC para todo arriendo inmobiliario (arts. 22.4, 439.3, 440.3, 444.1 y 447.2 LEC). Choca, incluso, el plazo de treinta días que el artículo 13 LAT otorga para pagar con el plazo de cuatro meses de antelación que para la enervación prevé el artículo 22.4.II LEC. Y no se piense que la enervación, precisamente por ser un privilegio para el arrendatario, debería ser admitida en el arriendo de la LAT por ser ésta una ley en la que prima la protección del adquirente del derecho-turno. En el arriendo de la LAT no debe haber lugar a ese privilegio. No hay razón, ni de protección de vivienda, ni de ejercicio profesional, que justifique su concesión como excepción a la resolución del artículo 13 LAT. El pago de tales cuotas, aunque son entregadas al promotor, o a la empresa de servicios en su caso, repercuten, aunque sólo sea de forma indirecta, en los demás arrendatarios —a diferencia de lo que sucede con la renta que sólo supone beneficio para el arrendador—, porque sólo contribuyendo al pago debido y anual de dichos gastos, que han de prestarse por los servicios prestados de mantenimiento y limpieza del complejo inmobiliario y de cada uno de sus elementos, comunes y privativos (cada alojamiento), el goce de cada arrendatario será plenamente satisfactorio para sus propios intereses (de nuevo, véase el párrafo cuarto del ap. III de la Exp. Motiv. LAT). Así las cosas, siendo la LEC, aunque posterior a la LAT, una ley común y siendo la LAT, aunque anterior a aquélla, una ley especial, habrá de ser ésta, con su artículo 13.1.II, la que prevalezca sobre aquélla, sobre su artículo 22.4, excluyéndola en su aplicación al caso específico del arriendo por turno vacacional.

cláusula penal— a favor del arrendatario las rentas anticipadas, en su caso con los correspondientes intereses pactados, por los turnos que restan por disfrutar hasta la extinción natural del contrato por expiración de su plazo y que, sin embargo, el arrendatario no va a disfrutar ante la resolución del contrato. Ya sólo una vez cumplidos estos requisitos (requerimiento, plazo de gracia y consignación), si el arrendatario se mantiene en su incumplimiento, entonces, la resolución será de pleno derecho *ex* artículos 35 y 27.2.a) LAU, sin que quepa acudir al régimen común de los artículos 1124 y 1556 CC¹⁷⁸.

Todo lo dicho hasta aquí tiene su incidencia en el extraño tono dispositivo que encabeza el artículo 13.1 LAT: «*salvo pacto en contrario...*». ¿Acaso puede excluirse como causa resolutoria el impago de tales cuotas? Tal convención parece ser contraria a las esenciales exigencia, prestación y contraprestación de tales servicios antes indicada —y que interesan reflejamente a todos los arrendatarios del mismo inmueble—, y aun en el extraño caso de admitirse, será muy improbable en la práctica porque supondría un perjuicio para el promotor-arrendador, debiendo de excluirse la aplicación no sólo del artículo 13 LAT, sino también, de algún modo, la de los artículos 1569.3.º y concordantes del CC, y, nada menos, la de los artículos 35 LAU y 250.1.1.º LEC¹⁷⁹. Quizás esa libertad de pacto se refiera simplemente a los requisitos previos simultáneos al ejercicio de la facultad resolutoria, siempre que dicha modificación beneficie o, cuando menos, no perjudique al arrendatario (art. 2.1 LAT); de modo que no podrá acordarse la supresión o disminución —sí, sólo, el incremento— del requerimiento previo de pago ni el plazo de gracia para realizar dicho pago, ni, por supuesto, la aplicación directa del artículo 35 LAU para que así la resolución sea desde un principio de pleno derecho. Tampoco podrá excluirse la necesidad de un año completo de impago para que la resolución pueda instarse; y no es posible tal cláusula por la sencilla razón de que la fijación —o actualización, en su caso— de la cuota por los servicios prestados, aunque pueda fragmentarse su efectivo pago, es anual (arts. 8.2.h) y 9.1.5.º LAT). Por eso, sólo queda espacio a la libertad de pactos para,

¹⁷⁸ Así, COSTAS RODAL, L.: *op. cit.*, p. 363; ARIJA, J.: y ALGABA, S.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 407, entienden que pasado el plazo de treinta días sin que el arrendatario moroso pague, la resolución a instar por el promotor será automática, no pudiendo ya, en caso de contienda judicial, el juez conceder otro plazo *ex* artículo 1124 CC y siendo su sentencia meramente declarativa.

¹⁷⁹ Así lo advierten MUNAR, P. A.: *op. cit.*, p. 191; ARIJA, C.: y ALGABA, S.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), pp. 395 y 397; TENA ARREGUI, R.: *op. cit.*, p. 290. Por su parte, HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *op. cit.*, p. 3104, cree sin más que la expresión *salvo pacto en contrario* permite, pues sólo se refiere a ello, la exclusión de la causa de resolución en sí; añadiendo COSTAS, L.: *op. cit.*, p. 360, que dicha exclusión de la propia resolución hará más atractiva la adquisición del derecho-turno para el potencial adquirente.

como se previó en la redacción originaria de la LAT¹⁸⁰, aumentar el número de cuotas anuales impagadas para poder instar la resolución –aunque esto también será poco probable en la práctica–¹⁸¹. Además, mucho cuidado habrá de tener en tal caso el arrendador, pues siendo anualmente exigible cada cuota, la acción para reclamar su pago prescribirá a los cinco años, *ex* artículo 1966.3.º CC –o, si se quiere, *ex* núm. 2.º de dicha norma¹⁸²–, computables desde la fecha acordada de vencimiento anual –aunque el pago no sea único por haberse fraccionado en períodos inferiores al año¹⁸³–.

Por otra parte, tampoco podrá acordarse, alterando así lo impuesto lógicamente por el artículo 13.1 LAT, que sea la propia empresa de servicios, cuando exista, la que inste directamente o por subrogación la resolución del contrato de arriendo por turno. Porque, en principio, dicha empresa es un tercero para los arrendatarios, y a la inversa, porque aquella y éstos están relacionados *ex contractu* –la una por un contrato de servicios y los otros cada uno por su propio contrato de alojamiento– y de forma individual con el arrendador, el cual responde como único obligado frente a los arrendatarios por la prestación de aquellos servicios, aunque hayan sido realizados por un tercero con cargo a aquél (art. 16 LAT), y frente a la empresa de servicios por las cuotas anuales, aunque en principio deban pagarlas los arrendatarios (art. 13.3 LAT)¹⁸⁴. Y por eso, la empresa prestadora de servicios, como dice el artículo 13.1.II LAT, sólo puede instar,

¹⁸⁰ En principio, el artículo 13 Proyecto LAT exigía el impago «de las cuotas debidas a la empresa de servicios durante dos años consecutivos o tres alternativos». Dicha redacción fue cambiada por la actual por iniciativa de la enmienda 82 de CiU ante el Congreso con la siguiente justificación: «Con objeto de no dilatar excesivamente la situación de morosidad, parece conveniente que se pueda ejercitar la facultad resolutoria en el caso de impago de las cuotas de un año. La exigencia de dos cuotas consecutivas o tres alternas parece excesiva, máxime cuando se le permite al deudor ponerse al día, una vez requerido de pago, y dejar sin efecto la resolución pretendida».

¹⁸¹ Así, ARJA, C.: y ALGABA, S.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 398.

¹⁸² Al igual que se dijo –en nota– sobre la acción de reclamación de la renta impagada –sea su pago anticipado o periódico–, tampoco ahora es aplicable el plazo trienal que para las deudas de hospedaje establece el artículo 1967.4.ª CC; y no lo es, no porque en él se hable sólo de «comida» –pudiendo, en verdad, comprender cualquier otro servicio propio de la hospedería–, sino porque dicho precepto está pensado para los hospedajes comunes, de breve duración y en los que las deudas son prontamente satisfechas, mas no para aquellos otros, como acontece con el de la LAT, cuya duración puede ser muy larga, de hasta cincuenta años (arts. 1.6 y 3.1 LAT), y en el que los gastos por tales servicios son fijados –o actualizados– de año en año.

¹⁸³ Como dice TENA ARREGUI, R.: *op. cit.*, p. 293, «si el pago de la cuota anual –siempre anual según se vio– se ha fraccionado, para la resolución por su impago habrá que esperar... hasta el último fraccionamiento, bastando con que en ese momento la cuota anual no se hubiere satisfecho íntegramente, aunque algunas de sus fracciones sí estén atendidas».

¹⁸⁴ Al respecto, comenta MUNAR, P. A.: *op. cit.*, p. 195, que si el prestador de los servicios era el propio dueño, las deudas pendientes se extinguirán por confusión, y que si el prestador de dichos servicios era una empresa, sólo cabrá la extinción de las deudas pendientes en caso de condonación, como así prevé el artículo 13.3 LAT *in fine*.

incitar al dueño-arrendador para que éste resuelva el contrato de arriendo por turno, porque sólo éste es quien puede hacerlo¹⁸⁵, no pudiendo tampoco aquélla, aunque el artículo 13 LAT no lo diga, interponer la acción de desahucio *ex* artículo 250.1.1.º LEC, no ya sólo porque sea el dueño del inmueble el que mantenga una relación contractual directa con los arrendatarios¹⁸⁶, sino también porque, conforme a la LAT, la empresa de servicios carece de derecho a poseer por sí misma la finca¹⁸⁷. La empresa de servicios podrá dirigirse sólo contra el dueño que se niegue a resolver el contrato, exigiéndole, pues sólo con él contrató, el pago de las cuotas debidas (art. 13.3 LAT), o, en su caso, la resolución del arriendo de servicios, y en ambos casos una indemnización *ex* artículo 1124 CC.

1.2. C) Resolución por alteración o deterioro del alojamiento turístico arrendado imputable al arrendatario

Hechos como los daños en la finca, en su mobiliario o en sus elementos comunes, causados por el arrendatario, con dolo o sin él, y, aunque sea poco probable en la práctica, la realización de obras, consentidas o no, que alteren el inmueble arrendado, serán causas de resolución en el arriendo por turno por faltar el arrendatario a su obligación de uso diligente de la finca arrendada, mas sin serlas de pleno derecho por no estar tales hechos específicamente comprendidos en el artículo 35 LAU, al no remitirse éste al artículo 27.2.d) LAU [cfr., arts. 1.1 LAT –vs art. 23 LAU–, 9, letras *a*, *b*, y *g* LPH, 1555.2.º, 1556, 1557, 1568 CC].

Asimismo, aunque por los deterioros o las alteraciones puedan verse perjudicados otros arrendatarios, salvo que en los estatutos del régimen se establezca otra cosa (art. 15.4 LAT), sólo será el promotor-arrendador quien tenga legitimación para instar la resolu-

¹⁸⁵ De este modo lo destacan HUALDE, T.: «*Algunos aspectos de la LAT...*», en *Aranzadi Civil*, 1997, II, p. 192; PAU, A.: *op. cit.*, p. 19; y MUNAR, P. A.: *op. cit.*, p. 192, diciendo que el promotor sólo podrá actuar, resolver el contrato, a instancia de la empresa de servicios, porque será ella quien sepa cuando el titular de un derecho-turno no ha pagado su cuota. El artículo 13 Proyecto LAT decía en su ap. 2: «El propietario o promotor sólo podrá efectuar dicha resolución, «a instancia de la sociedad de servicios...». En la enmienda 82 de CiU ante el Congreso se propuso que dijera a instancia, **en su caso**, de la sociedad de servicios», por la siguiente razón: «El prestador de los servicios es quien tiene la facultad de iniciar el procedimiento que, en todo caso, habrá de ser instado por el promotor o propietario dado su carácter resolutorio». En la redacción definitiva del artículo 13.2 LAT ha bastado con la supresión de aquel originario «sólo». No parece, pues, acertar COSTAS RODAL, L.: *op. cit.*, p. 360, cuando dice que se requiere la instancia de la empresa de servicios porque el dueño-promotor, no siendo acreedor, desconoce los impagos, que como verdadera acreedora sólo conoce la empresa de servicios.

¹⁸⁶ Es la razón que dan PAU, A.: *op. cit.*, pp. 19 y 23; y MUNAR, P. A.: *op. cit.*, p. 192.

¹⁸⁷ En contra, ARIJA, C.: y ALGABA, S.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), pp. 401 y 402, creen que la sociedad de servicios sí tiene legitimación activa directa para resolver el contrato, cuando a ello se niegue el dueño, por ser ella la beneficiaria del pago y la que tiene conocimiento del posible impago. La crítica a tal afirmación, a continuación en texto.

ción del contrato arrendaticio del arrendatario causante del daño o agente de la modificación; porque sólo aquél mantiene un vínculo jurídico-obligacional con éste, pudiendo exigirle la reposición de inmediato —o, cuando menos, al término del turno— del inmueble a su estado anterior, a aquel estado en que se le entregó y así constaba en la escritura reguladora del régimen y en el contrato de arrendamiento, en ambos casos sin que se tenga derecho a una indemnización (cfr., arts. 23 LAU, 487 y 488 CC *ex art.* 1573 CC). Todo ello con independencia de la posible responsabilidad del arrendador para con los demás arrendatarios de uno u otro modo afectados (art. 7.II LAT), y la del arrendatario causante del daño para con el arrendador, *ex artículos* 1563 y 1564 CC, cuando la finca arrendada haya sufrido un menoscabo simplemente por su culpa —ante una conducta propia o de los que de él dependen (*v. gr.*, subarrendatario)—, sin necesidad de dolo y exonerable si fue por el uso ordinario o debido a caso fortuito o a fuerza mayor (arts. 1105, 1182, 1559, 1561, 1563 y 1568 CC).

2. Resolución del contrato arrendaticio a instancia del arrendatario

2.1 RESOLUCIÓN POR PAGO ANTICIPADO HECHO BAJO PROHIBICIÓN (REMISIÓN)

Buena prueba —ya vimos— de la soberanía del arrendatario por turno sobre el contrato durante los plazos en que puede extinguirlo por desistimiento o por resolución —que oscila entre un mínimo de diez días y un máximo de tres meses y diez días desde la celebración del contrato—, es la prohibición legal de pagar en el transcurso de ese *iter* temporal cualquier anticipo (art. 11.1 LAT), porque si, en efecto, se le obliga a ello, podrá el arrendatario optar por exigir el cumplimiento del contrato o por resolverlo en los tres meses siguientes a la fecha de celebración del contrato arrendaticio, teniendo derecho en ambos casos, como sanción para el arrendador, a exigir la devolución del doble de lo anticipado dentro de aquel plazo (cfr., arts. 11.2 LAT, 1124, 1454 y 1895 CC).

2.2 RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR, ESPECIALMENTE POR LA NO PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE MANTENIMIENTO

Sabiendo que el arrendador de la LAT, como cualquier arrendador, debe mantener a todos los arrendatarios en el goce pacífico del

complejo turístico (arts. 7.II LAT, 1554.3.º y 1560 CC), y sabiendo que la prestación de los servicios de mantenimiento, *ex* artículos 1.3 y 5.1.3.º LAT, o las posibles obras de mejora han de realizarse entre turno y turno o, más propiamente, en los períodos excluidos de goce arrendaticio y reservados, precisamente, a aquellos fines, en el caso de que se lleven a cabo dentro de un turno de goce sin consentimiento del arrendatario titular del mismo, haciendo inhabitable, aunque sea parcialmente, la finca y perturbándole así en el uso de la misma durante dicho turno, podrá éste resolver el contrato arrendaticio con derecho a una indemnización por daños (cfr., arts. 21.2, 22.3 LAU, 115.1.º LAU-1964, 1554.3.º, 1556 y 1558.III CC, todos ellos en conexión con el art. 1568 CC en su remisión a los arts. 1101 y 1124 CC). Lo mismo puede decirse si al comienzo de cada turno el arrendador no entrega el alojamiento o lo hace en condiciones inhabitables y no aptas para el fin turístico; también en este caso podrá el arrendatario al que corresponda el turno resolver el contrato (arts. 1553, 1554.1.º y 1556 CC). Por supuesto, también el simple hecho de no realizar o de ejecutar parcial o defectuosamente los servicios de mantenimiento será causa de resolución contractual a instancia del arrendatario¹⁸⁸. Así cabe entenderlo, aunque nada diga al respecto la LAT, no ya porque el artículo 27.3.a) LAU sea aplicable al arriendo por turno en cuanto diverso al de vivienda por remisión a aquel precepto hecha en el artículo 30 LAU, sino sobre todo porque, aunque no existiera tal remisión, también sería causa de resolución referible a esta subespecie arrendaticia *ex* artículos 1554.1.º y 2.º y 1556 CC, especialmente.

Este recurso, aunque sea subsidiario *ex* artículos 4.3 LAU y CC, al CC ante la omisión del artículo 35 LAU sirve así mismo para colmar lagunas contenidas en la propia LAT, concretamente en su artículo 16: centrado éste en que los servicios de mantenimiento del complejo urbanístico turístico hayan sido ejecutados por una empresa de servicios con cargo al arrendador, se preocupa sólo de precisar la resolución de dicho contrato de arrendamiento de servicios por incumplimiento de aquella obligación, para decir que –salvo acuerdo estatutario en contrario (cfr., arts. 6.4 y 15.4 LAT)– sólo el arrendador está legitimado directamente, por derecho propio, para instar dicha resolución, la del contrato de servicios, lo cual es lógico porque sólo entre ellos existe un vínculo contractual, en tanto que entre aquella empresa y los arrendatarios no hay relación jurídica contractual alguna; son terceros los unos frente a los

¹⁸⁸ Bastando para ello, dice GÁLVEZ CRIADO, A.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 455, por comparación con el artículo 13 LAT, con que se haya incumplido la obligación dentro de un turno anual, siendo el arrendatario titular del mismo el que puede instar la resolución.

otros, manteniendo cada uno de ellos por separado su propia vinculación *ex contractu* con el promotor-arrendador: la empresa por el contrato de arrendamiento de servicios y cada arrendatario por cada contrato de arriendo por turno (cfr., art. 16 LAT en su segunda y tercera frases)¹⁸⁹. Y si el arrendador decide resolver ese contrato de servicios¹⁹⁰, ello, por supuesto, no perjudicará el derecho adquirido ya por los arrendatarios sobre la prestación de servicios, ya que ellos tienen derecho a los servicios tal como estaban pactados en el contrato de arrendamiento por turno, cualquiera que sea la persona que los preste (arts. 16, en sus dos últimas frases, y 6.3 LAT).

En ningún caso, podrá ser el arrendatario del alojamiento el que resuelva aquel contrato de servicios. Cuando el artículo 16 LAT se refiere a la relación interna arrendador-arrendatario por turno para el caso en que la empresa de servicios haya incumplido su obligación, se limita a decir que el titular del derecho-turno «*podrá reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan*». Y es lógico que así sea, porque el promotor-arrendador, aunque decida no asumir directamente la realización de los servicios, es el único obligado y responsable ante los arrendatarios (cfr., la frase reproducida y el inciso inicial del art. 16 LAT, y los arts. 12 RD 2877/1982, sobre viviendas vacacionales, 4.5 D 117/1997, balear, y 18.2 D 272/1997, canario, ambos sobre goce por turno). Pero siendo así, ¿por qué esa comprensión sólo parcial del artículo 1124 CC en el artículo 16 LAT omitiendo la posibilidad a favor del titular del derecho-turno de

¹⁸⁹ En este punto, el artículo 16 LAT es fiel al originario artículo 17 Anteproyecto LAT. Sin embargo, en el artículo 19 Proyecto LAT, correlativo al anterior 17 y al 16 vigente, se introdujeron numerosos cambios, entre ellos la posibilidad de que el titular del derecho-turno accionase directamente la resolución contra la empresa de servicios, sin la intermediación del dueño. Tras decir lo que actualmente dispone el artículo 16 LAT («*la acción de resolución corresponde al propietario o promotor*»), añadía: «*Asimismo, cada titular podrá instar directamente la resolución del contrato, siempre que lo haya notificado previamente al propietario*». Pero dicha previsión será finalmente eliminada, por iniciativa de la enmienda 87 de CiU ante el Congreso, por entender, con razón, que «*la facultad concedida a cada titular para instar la resolución de un contrato del que no es parte, es tan extraña a nuestro Derecho y excesiva que se convertirá en un elemento de coacción de éste con la sociedad de servicios*».

¹⁹⁰ Acerca de la dicción del artículo 16 LAT, en cuya virtud el dueño «*deberá*» resolver el contrato y exigir una indemnización, dice GÁLVEZ CRIADO, A.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), pp. 460 y 461, que no hay un deber jurídico de resolver, sino una facultad, un derecho potestativo del dueño. El «*deberá*» ha de entenderse como carga –de resolver– si el dueño quiere desvincularse contractualmente de la empresa de servicios. Lo mismo dice este autor en cuanto a la indemnización. En contra, LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, pp. 347 y 348, considera que el artículo 16 LAT impone al promotor la obligación de resolver el contrato, porque con ello se pretende proteger un interés ajeno, el de los titulares de los derechos-turno. Por eso, dice LORA, no siendo aplicable la alternativa del artículo 1124 CC (exigir el cumplimiento o resolver el contrato), basta para la resolución cualquier incumplimiento –grave o, incluso, leve–, aunque siempre conforme a la buena fe (art. 7 CC).

resolver el propio contrato de arriendo por turno con derecho igualmente a una indemnización? Ha faltado en el artículo 16 LAT el reconocimiento, precisamente, de la resolución de dicho contrato por incumplimiento de una obligación que, como advertimos, en el arriendo por turno es esencial y sinalagmática: la de prestación de los servicios de conservación del alojamiento a cambio de una cuota anual a pagar por el arrendatario. Una vez más, por la regla de la supletoriedad, hay que acudir *ex* artículos 4.3 LAU y, sobre todo, 4.3 CC, a los artículos 1124 y 1556 CC en conexión con los artículos 1554.2.º, 1558 y 1559 CC, para así colmar una laguna, en este caso contenida en el artículo 35 LAU y en el artículo 16 LAT¹⁹¹.

II. EXTINCIÓN DEL ARRIENDO POR OTRAS CAUSAS DIVERSAS DE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

1. La imposible extinción del arrendamiento por turno por confusión, ni por extinción del derecho del arrendador

En su aplicación al goce por turno jurídico-real, el artículo 1.4.III LAT *in fine* constituye una excepción a la regla de extinción de los derechos reales limitados por consolidación y sobrevenida, como consecuencia de la pervivencia de aquél, al principio *nemini res sua servit*. Sin embargo, dada su exclusiva referencia al «derecho real limitado» de aprovechamiento por turno, ¿acaso no es aplicable la excepción en él contenida a la regla de extinción por confusión cuando el goce por turno se configure como derecho personal, bajo el molde arrendaticio?

De antemano, la referencia única al goce por turno jurídico-real ha de entenderse como desliz del legislador al no coordinar la redacción originaria de algunos preceptos de la LAT con la definitiva¹⁹².

¹⁹¹ Así también, MUNAR, P. A.: *op. cit.*, p. 208, en base a «la nueva redacción del artículo 1.1 LAT y a las normas generales del Derecho civil». Por su parte, señalan la principalidad y reciprocidad de tales obligaciones (prestación de servicios y pago de las cuotas), para defender la aplicación del artículo 1124 CC al goce por turno a pesar del vacío del artículo 16 LAT, PAU, A.: *op. cit.*, p. 23; Ruiz-Rico, J. M. (Dir.) y GÁLVEZ, A.: *op. cit.*, pp. 81, 82, 453 y 456; y LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, p. 346. En cuanto a los efectos de la resolución, *ex* artículos 1123 y 1124 CC, explica Gálvez (pp. 456 y 457), que serán: la devolución de las rentas anticipadas por los turnos que aún queden por usar y una indemnización, dice, por el lucro cesante, por lo que hubiera podido obtener el arrendatario en caso de disponer onerosamente de su derecho, para lo cual se atenderá al precio de mercado del turno.

¹⁹² El artículo 1.4.III LAT ya estaba redactado así desde un principio, en el mismo cardinal de los Anteproyecto y Proyecto LAT, cuando por entonces la fórmula arrendaticia constituía una cláusula de cierre para evitar el fraude a la LAT, sin que, como en cambio se

Pero, sobre todo, hay una razón lógica para corregir extensivamente el restrictivo tenor literal del ámbito objetivo del artículo 1.4.III LAT para incluir dentro de él al arriendo por turno, sin que ello sea *contra naturam suam*, y que no es otra que la propia *ratio* que inspira la excepción a la extinción por confusión de derechos en aquella norma contenida: la pervivencia del goce por turno, en cuanto régimen y en todos los derechos que comprende, durante el tiempo por el que haya sido creado y cedido; es decir, evitar que las expectativas queden frustradas por una extinción prematura o, al menos, diversa de la común por terminación del propio tiempo de duración (cfr., segunda frase del párrafo último del ap. II de la Exp. Motiv. LAT, y los arts. 1.4.III, en su inciso final, 1.6 y 3, aps. 1 y 2 LAT)¹⁹³. En efecto, esta excepción a la extinción por confusión no sólo garantiza la subsistencia de los derechos-turno, sino también la del propio régimen en el momento mismo de su constitución, concordando así, en cierto modo, el artículo 1.4.III LAT con los aps. 1 y 3 del artículo 4 LAT: por imperativo del artículo 4.3 LAT, que es aplicable a todo régimen de goce por turno, bajo la sanción de nulidad el régimen debe ser creado por el dueño registral del inmueble previamente, sin ni siquiera poderlo hacer simultáneamente, a la cesión de los derechos-turno. Y ya aquí tendrá aplicación el artículo 1.4.III LAT, porque en ese *iter* temporal que existe desde la constitución del régimen hasta su posterior comercialización el propio promotor de aquel régimen será a la vez dueño del inmueble y titular de todos y cada uno de los turnos, de los derechos-turno¹⁹⁴. Negar, entonces, la aplicación de la excepción contenida en aquel precepto para este supuesto llevaría al absurdo: implicaría la extinción precoz del goce por turno, en cuanto régimen y en todos los derechos que lo integran, tanto que sería una extinción coetánea a su propio nacimiento.

Y también es aquella misma *ratio* y preocupación del legislador –subsistencia y continuidad del goce por todo el tiempo de dura-

contempla ahora, fuese auténtica alternativa frente a la multipropiedad junto al aprovechamiento por turno de configuración jurídico-real. Ahora, estando ambas configuraciones –jurídico-real y obligacional-arrendaticia– en pie de igualdad, como así ya vimos, la interpretación del artículo 1.4.III LAT, a pesar de su literalidad, ha de hacerse desde este nuevo espíritu que consagra la definitiva LAT frente a sus precedentes, y entenderlo, pues, aplicable al arrendamiento por turno vacacional (cfr., frases inicial –que habla de «extinción» de todo derecho-turno– y final del ap. I del art. 1 LAT en su remisión al ap. 6, que se refiere, no por casualidad, al arriendo por turno).

¹⁹³ Apuntan dicha justificación del artículo 1.4.III LAT, para entender que esta norma es aplicable al goce por turno arrendaticio, GARCÍA ALGUACIL, M. J.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 93; LORA-TAMAYO, I y MADRIDEJOS, A.: *op. cit.*, pp. 56, 57 y 451.

¹⁹⁴ En la misma línea, como razón de la aplicación del artículo 1.4.III LAT al arriendo por turno, LORA-TAMAYO, I y MADRIDEJOS, A.: *op. cit., loc. cit.*

ción— la que explica, junto a otras razones ya vistas, la exigencia del artículo 4.1 LAT de que el promotor del régimen de goce por turno sea el «*propietario registral*». Porque de esa forma, tratándose del goce por turno arrendaticio, se evita la extinción prematura, antes de la expiración de su plazo *ex* artículo 3.2 LAT, y en cadena del régimen arrendaticio y, con él, la de todos y cada uno de los derechos arrendaticios ya contratados y transmitidos, por extinción del derecho del constituyente, cuando dicho derecho recayente sobre el inmueble y que legitima para arrendarlo fuese menor al dominio (*v. gr.*, usufructo, superficie —arts. 480 CC y 13.2 LAU—).

Todo explica que la excepción contenida en el artículo 1.4.III LAT sea imperativa, sin que quepa acuerdo en contra permitiendo que haya extinción por consolidación o por confusión, pues tal pacto no sólo sería perjudicial para el arrendatario, sino que podría llegar a exonerar al dueño-arrendador de su vinculación con el propio régimen (art. 2.1 LAT)¹⁹⁵.

2. La sobrevenida inhabilitación total del alojamiento turístico como supuesto de extinción en el arriendo por turno

Aunque nada digan expresamente la LAT —por ser causa común de extinción—, ni el artículo 35 LAU, ni se contenga en el Título III LAU una norma correlativa al artículo 28 LAU, en el arriendo por turno, como en cualquier otro arriendo de cosas, la pérdida, ruina o destrucción de la finca arrendada será causa de extinción por afectar a uno de los elementos esenciales del contrato arrendaticio, de cualquier contrato en general: el de su objeto; de modo que si éste sobrevenidamente desaparece, es lógico que el contrato —y el propio régimen— se extinga, pudiendo el arrendatario exigir una indemnización por perjuicios que estará *ab initio* cubierta por el seguro obligatorio que *ex* artículo 7.II LAT ha de suscribir el arrendador, tanto si la pérdida es imputable al arrendador como si se debió a caso fortuito o a fuerza mayor (*cfr.*, sobre todo, arts. 7.II LAT y 1568 CC, éste en su remisión al art. 1182 CC y, además, los arts. 21.1.II LAU, 1101, 1183 y 1561 CC).

¹⁹⁵ Dice, no obstante, SÁNCHEZ-CIA, A. L.: *op. cit.*, p. 99, que esa no extinción es voluntaria: «se debe matizar que el término “no implica” no supone lógicamente que no se permita al único titular dar por concluido el régimen de aprovechamiento por turno. Imaginemos —dice— el supuesto de adquisición de todas las semanas con la intención de desafectar el inmueble de este régimen legal y dedicar el inmueble a otras actividades, o simplemente a su venta».

Asimismo, sabiendo que en el aprovechamiento por turno es condición mínima e indispensable *ab initio*, para su propia constitución y posterior comercialización, que el inmueble así arrendado se caracterice por su habitabilidad *stricto sensu* [arts. 1.1 y 4.1.b) LAT], y sabiendo que la exigencia de conservación de aquél por el arrendador, o más aún la prestada por la empresa especializada en ello, impide admitir una inhabitabilidad que haga, inculpablemente, tener que emprender obras de conservación, por propia iniciativa o por imposición de la autoridad, no parece que en el arriendo por turno sea necesaria la destrucción, la ruina –cfr., arts. 28.b) LAU y 389 CC– o la desaparición definitiva del alojamiento para que la extinción opere, con su correspondiente indemnización. Será, en cambio, bastante con que el alojamiento sea totalmente inhabitable, importando poco que lo sea de forma definitiva, o sólo transitoria, pues en este último caso también habrá arrendatarios totalmente perjudicados en el ejercicio de su turno de goce (*versus* art. 26 LAU)¹⁹⁶.

Tal vez quepa salvar la posibilidad de extinción –como ya se ha dicho en otros lugares de este trabajo– si el arriendo por turno tiene por objeto un alojamiento determinable (art. 1.6 LAT *in fine*), debiendo entonces el arrendador proporcionar en el turno de goce correspondiente otro alojamiento, diverso al inhabitable, que sí cumpla con las condiciones de habitabilidad, o de que, en cualquier caso, aun siendo un arriendo de objeto determinado *ab initio*, el arrendador opere de igual forma, sin necesidad de previo acuerdo, conforme a las exigencias de la buena fe (arts. 1096, 1101, 1157, 1166 y 1167 CC).

3. La extinción del arrendamiento por turno por expiración del plazo

Según el artículo 3.2 LAT, «*extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna*» (cfr., arts. 1565, 1569.1.º y 250.1.1.º LEC).

¹⁹⁶ De ahí que no sea aplicable al arriendo por turno el artículo 26 LAU, que, para el caso de inhabitabilidad sobrevenida, total o transitoria, por la realización de obras que se imponen sin culpa del arrendador por necesidad (conservación-reparación) o por imposición de la autoridad, deja al arrendatario la opción de desistir o de suspender el contrato hasta que se rehabilite la finca. Así, a. e., si en el arrendamiento por turno la autoridad impone la realización de obras, ¿no será porque el alojamiento incumple las exigencias legales, las de la LAT? Eso mismo explica que en el caso de extinción del arriendo por turno por inhabitabilidad total de su objeto, el arrendatario tenga derecho al resarcimiento por daños y perjuicios (arts. 1555.3.º, 1556, 1558.III y 1568 CC en su remisión a los arts. 1101 y 1124 CC), siendo, en todo caso, el arrendador quien responda frente a los arrendatarios *ex* artículo 7.II LAT, y sin que, como en cambio dice el artículo 26 LAU, quepa excluir tal indemnización, porque, aunque sea sin culpa del arrendador, se han incumplido las exigencias objetivas de la LAT.

A pesar de su claridad, se hace necesaria una leve adecuación por la distinción que *ex LAT* ha de hacerse entre la duración del régimen y la duración de cada contrato arrendaticio (arts. 1.6, 3, 5.1.8.º y 9.1.2.º LAT), como, ya vimos, sucede con la fijación del *dies a quo* desde el que computar el plazo de uno y otro (arts. 3.1, 9.1.1.º y 10.1 LAT). Si bien la expiración de la duración del régimen supone su extinción y con ella, por idéntica causa, la de todos los contratos arrendaticios celebrados, no así ha de acontecer necesariamente a la inversa, porque es posible que un contrato particular se haya celebrado por un número de temporadas anuales inferior al número de años de vida del régimen. Al respecto, en nada influye el hecho posible de que tratándose del goce por turnos arrendaticio los turnos sean simplemente determinables, porque lo determinado desde un principio en el contrato arrendaticio será la duración, el número de años, de temporadas anuales por el que se ceden aquellos turnos (art. 1.6 LAT *in fine*). Siendo, pues, cierta y determinada la duración, tanto del régimen (art. 5.1.8.º LAT), como la de cada contrato (art. 9.1.10.º LAT), su expiración implicará la terminación automática del arriendo sin necesidad de ningún requerimiento (art. 1565 CC); todo ello a salvo la posible prórroga de uno u otro con las condiciones en su lugar analizadas, pues en tal caso la extinción operará *ipso facto* una vez expirada la prórroga misma.

Tal es la imperatividad del artículo 3.2 LAT en su afirmación de la extinción del arriendo por terminación del plazo –inicial o prorrogado– y en la negación de cualquier compensación al arrendatario que, a pesar de la remisión genérica hecha a la LAU por el artículo 1.6 LAT, resulta absolutamente inaplicable el artículo 34 LAU por la propia *ratio* que lo informa y por el supuesto arrendaticio en él contemplado, que nada tiene que ver con el de la LAT¹⁹⁷. He aquí un caso en que excepcionalmente, frente a lo que es común en la LAT (arts. 1.7, 2, 5.1.1.º y 6.1 LAT), parecen protegerse los intereses del dueño-promotor del complejo inmobiliario sometido al régi-

¹⁹⁷ La indemnización o compensación al arrendatario por la clientela perdida y, en su caso, aprovechada por el propio arrendador o por un tercero como nuevo arrendatario, contenida en el artículo 34 LAU explica su extraordinariamente limitado ámbito normativo de aplicación, pues únicamente se refiere, y aplica, al «arrendamiento de una finca en la que durante los últimos cinco años se haya venido ejerciendo –por el arrendatario, se ha de entender– una actividad comercial de venta al público» (*vid.*, párrafo quinto del ap. 3 del Preámbulo LAU). Resulta, por tanto, irrefutable que el arrendamiento por turno no encaja en esta norma, no ya porque no pueda cumplir el requisito temporal de cinco años en el artículo 34 LAU exigido para el merecimiento de la indemnización –¡de hasta cincuenta años puede ser el arriendo de la LAT!–, sino por su esencial, o indisponible, fin puramente turístico o vacacional y, sobre todo, porque es el propio artículo 3.2 LAT *in fine* el que impide su aplicación al negar cualquier indemnización a favor del arrendatario por extinción del arriendo tras consumarse su duración. Así, LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, p. 47; y GARCÍA ALGUACIL, M. J.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 149.

men de goce por turno. Y raro será, por ello, aunque sea conforme a la LAT (art. 2.1 LAT), que *ex voluntate* aquél acuerde, renunciando así al favor legal propio, una indemnización con el arrendatario; pero aún admitiéndose tal inclusión convencional de compensación, ésta no podrá consistir simplemente en la aplicación del artículo 34 LAU dada su total inadecuación al goce por turno¹⁹⁸. En cualquier caso, aunque se mantenga –como parece probable en la práctica– la negativa legal, la del artículo 3.2 LAT, a la compensación, ello no afectará al derecho que el arrendatario tiene, tras finalizar el arriendo por terminación de su plazo, a exigir la devolución de la cantidad entregada en concepto de garantía pecuniaria (art. 11.1 LAT).

Tampoco cabe plantear, ahora por imposible, aunque algunos la admitan, para el arriendo por turno extinguido por terminación del plazo la posibilidad de la tácita reconducción *ex* artículos 1566 y 1567 CC¹⁹⁹; así lo impide la solemnidad exigida tanto para la creación del régimen arrendaticio, mediante escritura pública (art. 4.3.I LAT), como para la transmisión de los arriendos-turno, mediante contrato escrito (art. 9.1 LAT)²⁰⁰.

¹⁹⁸ Sorprende por ello que HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *op. cit.*, p. 3105; y GARCÍA ALGUACIL, M. J.: *op. cit.*, *loc. cit.*, admitan la posibilidad de que por acuerdo se fije una indemnización o la aplicación del artículo 34 LAU, pues en el aprovechamiento por turno arrendaticio, dicen, por ser arrendamiento urbano diverso al de vivienda, prima la autonomía de la voluntad *ex* artículo 4.3 LAU. No parece que así deba ser, ni que ese sea el fundamento. En principio, el tenor literal del artículo 3.2 LAT hace de suyo inaplicable el artículo 34 LAU, y en el caso de admitirse su inclusión voluntaria –harto difícil por la inadecuación–, el fundamento no sería el artículo 4.3 LAU, sino que al ser dicho acuerdo favorable al arrendatario, ello entraría en el estrecho margen que a la libertad contractual deja la LAT. Así lo explica y fundamenta LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁹ Ya antes de la LAT, ÁLVAREZ, M.: y ALLEDESALAZAR, L.: *op. cit.*, p. 73, aducían –aunque por razones diferentes a las que aquí se señalan– como obstáculo a la configuración arrendaticia del *timeshare* la imposibilidad de aplicar la tácita reconducción del artículo 1566 CC. Pero siendo esto cierto, el hecho de que la tácita reconducción, difícil de por sí ya para que opere en cualquier arrendamiento, no pueda darse en el periódico, esto no impide de forma categórica, y así lo demuestra el artículo 1.6 LAT, su formulación arrendaticia.

²⁰⁰ Por un lado, el régimen en sí no puede reconducirse tácitamente porque, amén de que –como advierte HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M.: *op. cit.*, p. 3015– se constituya formalmente en escritura pública (art. 4.3.I LAT), una vez transcurrido el plazo por el que se constituyó, cualquiera que éste haya sido dentro de los márgenes legales, y que se expresó en la escritura constitutiva del régimen y se inscribió luego en el Registro de la Propiedad, marcando así el *dies a quo* en su cómputo, aquél se extinguirá automáticamente, *ope legis* y sin necesidad de requerimiento (cfr., aps. 1 y 2 del art. 3 LAT, y arts. 5.1.8.º LAT y 1565 CC). Sólo podría prorrogarse el régimen antes de su extinción, en las condiciones estudiadas, lo cual, como es sabido, es fenómeno distinto de la novación extintiva en que consiste la tácita reconducción; o bien, una vez extinguido el régimen, se podrá de nuevo crear otro régimen. Por otro lado, tampoco el contrato arrendaticio en particular, se haya o no extinguido el régimen, admite la celebración tácita: según el artículo 9.1 LAT dicho contrato deberá constar por escrito, debiéndose indicar la duración, tanto del régimen como la del arrendamiento-turno cedido (núms. 3.º y 10.º del art. 9.1 LAT). Por eso, si un arrendatario permanece en el uso de la finca fuera de su turno –se haya o no extinguido el régimen arrendaticio–, a lo más habrá precariedad, tenencia tolerada –consentida por el propio arrendador o por los demás arrendatarios, respectivamente–, mas no tácita reconducción. En contra, Ruiz-Rico, J. M. (Dir.) y GARCÍA ALGUACIL, M. J.: *op. cit.*, pp. 119, con nota (67), y 152,

3.1 CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN ANTE LA EXTINCIÓN DEL ARRIENDO POR TURNO POR LA TERMINACIÓN DE SU DURACIÓN

Por simple exclusión, al arrendamiento por turno sólo parece aplicable el artículo 7.2 RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre cancelación «automática», ante la terminación del plazo del arriendo, y de oficio *ex* artículo 353.3 RH (al que se entiende remitido el art. 7.2 RD como excepción al art. 82 LH –*cf.*, su último párrafo y art. 177.II RH–), que literalmente se refiere a «*los demás arrendamientos urbanos*» (*cf.*, arts. 1.6 LAT y 3 LAU)²⁰¹. Ahora bien, sabiendo que la duración –inicial o prorrogada– del régimen arrendaticio por turno, y así la de cada contrato, puede ser como máximo de cincuenta años (arts. 1.6 y 3.1 LAT), y que sólo la inscripción del régimen, conteniendo entre otros datos el de su duración, es obligada y marca el *dies a quo* del cómputo de su plazo (aps. 1 y 2 del art. 3 LAT), mientras que la inscripción de cada contrato y la nota marginal de las posibles prórrogas –del régimen o de cada contrato– son voluntarias, por el mismo espíritu que subyace en el artículo 7.1 RD, aplicándolo al arriendo por turnos, la cancelación de oficio –de la inscripción del régimen o de la de cada contrato–, de admitirse, sólo lo será cuando haya transcurrido el potencial plazo legal máximo de cincuenta años –haya o no sido éste el inicialmente establecido– y que el Registrador podrá computar tomando como día inicial la fecha de inscripción del régimen (art. 3.1 LAT)²⁰². Es la única forma de asegurar que no se borre el rastro registral de un régimen –o de un contrato– extrarregistralmente existente (*v. gr.*, un régimen inscrito inicialmente por treinta años y prorrogado luego por veinte años sin que se haya anotado tal prórroga en el Registro).

creen que cabe la tácita reconducción si la duración del contrato es inferior a la del régimen y siempre con el límite de la duración de éste; y que no cabe si la reconducción implica traspasar la duración máxima del régimen, pues una vez extinguido éste, se produce, *ex* artículo 3.2 LAT, su extinción automática. En fin, trasladan estos autores a esta sede parte de los requisitos para que opere la prórroga; un fenómeno éste –insistimos– bien diverso de la novación extintiva del contrato en que consiste la tácita reconducción.

²⁰¹ Resulta, *prima facie*, evidente la inaplicabilidad del sistema de cancelación unilateral del artículo 7 RD al arrendamiento por turno, porque sus aps. 3 y 4 únicamente lo regulan para los arrendamientos urbanos de vivienda, como lo demuestra que el régimen cancelatorio esté en función de que hayan o no operado las prórrogas convencionales que contempla el artículo 10 LAU. Lo mismo puede decirse del ap. 1 del artículo 7 RD sobre cancelación «automática», de oficio: ante su mención implícita de los artículos 9 y 10 LAU, sólo ha de ser aplicable a los arrendamientos urbanos de vivienda.

²⁰² En cuanto a la forma de hacerlo, explica LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, pp. 160 y 161, que «extinguido el régimen por transcurso del plazo procederá el cierre de los folios especiales mediante los respectivos asientos de cancelación o, cuando menos, mediante nota marginal de referencia a la inscripción de extinción del folio matriz».

Este posible sistema de cancelación automática, establecido por razones de celeridad registral, y en parte económicas (art. 8 RD), no impedirá, por supuesto, la cancelación instada por las partes conforme a las reglas comunes hipotecarias (entre otros, arts. 82.2 LH y 174.1 RH), porque así lo permite, *in abstracto*, la disp. final 1.ª del propio RD, sobre inscripción de arriendos urbanos.

4. La continuidad del arriendo por turno, en caso de enajenación de la finca arrendada, como regla en razón de su obligada inscripción registral

Subyace en la LAT la idea de que el dueño del inmueble ha de estar vinculado al régimen de aprovechamiento por turno, de modo que éste habrá de subsistir durante todo el tiempo que, dentro de los márgenes legales (arts. 1.6 y 3.1 LAT), conste en su escritura de constitución y, luego, en su inscripción registral, hasta el extremo de que dicha inscripción marcará el *dies a quo* en el cómputo de la duración fijada y su *dies ad quem*, es decir, la extinción del régimen por expiración del plazo (cfr., el párrafo último del ap. II de la Exp. Motiv. LAT, y los arts. 3, 5.1.8.º y 9.1.2.º y 10.º LAT). Esa vinculación necesaria, *ope legis*, del dueño-promotor al régimen de goce por turno por él mismo constituido sobre su propio inmueble no se traduce, sin embargo, en una prohibición legal de disponer del alojamiento arrendado, sino en que su dueño, cualquiera que éste sea, no se desvincule del régimen. O, lo que es igual, la vinculación al régimen ha de afectar, más allá de quien haya sido su constituyente, a todo aquel que se convierta en dueño del inmueble sometido al régimen de goce periódico. Ambas ideas, disponibilidad del inmueble y vinculación al régimen de goce por turno constituido sobre el mismo, parecen plasmarse en el párrafo cuarto del artículo 1.4 LAT²⁰³.

²⁰³ Reconoce este precepto el *ius disponendi* a favor del dueño-promotor, aunque no tan «libremente» como en él se dice, sino con el límite de que el acto de disposición no suponga exoneración de la vinculación al régimen, del nuevo dueño se ha de entender si se trata de la enajenación («sin perjuicio de las limitaciones que resultan del propio régimen», dice), y siempre que ello no implique la extinción del régimen constituido, porque esto a su vez supondría la extinción prematura, y no por la terminación del plazo, de los derechos-turno constituidos y transmitidos («sin perjuicio –dice el art. 1.4.IV LAT– de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno»). En este precepto se apoya LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, pp. 47 y 48, para decir que la posible excepción a la continuidad del arriendo contenida en el artículo 29 LAU no es aplicable al arriendo de la LAT. No creemos –y así lo advierte en la misma obra colectiva de Lora, TENA ARREGUI, R.: *op. cit.*, pp. 306 y 307– que el artículo 1.4.IV LAT imponga esa continuidad, la subrogación *ope legis* del adquirente en la posición del promotor-vendedor. Así lo intentaremos demostrar en las páginas que siguen.

Ahora bien, aunque la permanencia del régimen hasta su extinción natural, por terminación del plazo, constituya el mandato –o, más bien, el *desideratum*– del legislador, en la realidad ello dependerá bastante, para el caso en que se enajene el inmueble objeto del régimen, de la propia naturaleza de éste. Porque si el aprovechamiento por turno se configura bajo el molde obligacional, el arrendaticio, su continuidad, o no extinción, en caso de venta de la finca, por subrogación del adquirente de la misma en la posición del arrendador, no siendo aplicables supletoriamente los artículos 13.1 y 14.1 LAU, que sólo se refieren a arriendos urbanos de vivienda, dependerá, por principio, conforme a las reglas generales, de que el arriendo esté o no inscrito (cfr. arts. 29 LAU –a este caso aplicable según algunos ante el vacío de la LAT²⁰⁴–, 1280.2.º, 1549, 1571 CC y 2.5 LH)²⁰⁵.

Siendo ello así, la subsistencia del arrendamiento por turno de la LAT quedará asegurada de cumplirse los requisitos formales de escrituración y de obligada inscripción en ella exigidos para crear con viabilidad esta figura (cfr. arts. 3; 4, aps. 1 y 3, y 10 LAT)²⁰⁶; siendo ello suficiente para imponer la subrogación aun cuando

²⁰⁴ Así, Ruiz-Rico, J. M. (Dir.): *op. cit.*, p. 118; TENA ARREGUI, R.: *op. cit.*, pp. 306 y 307, y COSTAS RODAL, L.: *op. cit.*, p. 416.

²⁰⁵ Cree, sin embargo, Ruiz-Rico, J. M. (Dir.): *op. cit.*, p. 118, que no es necesaria la inscripción registral, que sería suficiente la publicidad posesoria del goce por turno arrendaticio para que éste subsista, y no se extinga, por estimar que el tercero adquirente de la finca arrendada es de mala fe por no poder ignorar aquella posesión arrendaticia. En nuestra opinión, no parece que sea admisible tal afirmación cuando se trata de un derecho personal como es el de arrendamiento, de cuyo sólo eficaz frente al arrendador, porque la protección que intrínsecamente obtiene frente a los terceros (art. 1560 CC) sólo lo es por perturbaciones de hecho, no por las que pretendan un derecho en la cosa, esto es, como defensa meramente interdictal del hecho de la posesión, no en sí del derecho de arrendamiento. La posesión puede también alertar sobre la existencia de arrendamiento, y así puede impedir la alegación de desconocimiento inculpable o de buena fe; lo que ocurre es que, por no ser derecho real, aunque existente, no tiene *natura sua* por qué vincular al tercero que adquiere la finca arrendada. Para que el derecho, en sí, del arrendatario adquiera oponibilidad *erga omnes*, equiparándose así en cierto modo –en su eficacia– a los derechos reales, son necesarios mecanismos externos añadidos a su esencial mediatez de poder respecto a la cosa, tales como la subrogación o la prórroga forzosa, impuesta por ley (arts. 13.1 y 14.1 LAU y 74 LAR), o su admisión a la publicidad registral (arts. 1549 y 1571 CC). Para mayor detalle, puede verse, entre otras, nuestra obra *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998, pp. 279 a 290; y, sobre todo, GORDILLO CAÑAS, A.: «El objeto de la publicidad en nuestro sistema registral...», en *ADC*, 1998, sobre todo, pp. 605, 606, 628 y 629.

²⁰⁶ Así lo cree LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, pp. 47 y 48. Por supuesto, no cabe entender que la subrogación operará en estos arriendos *ex* artículo 34 LH, al que –desacertadamente– se remite el artículo 29 LAU, por no estar inmatriculada la finca o por no ser el transmisor titular registral de la finca, porque como exige el artículo 4.1 LAT, el constituyente del régimen de aprovechamiento por turno habrá de serlo «*el propietario registral del inmueble*», lo cual presupone la inmatriculación y la coincidencia entre dueño del inmueble, su titular registral y promotor o creador del régimen de goce periódico. Curiosamente, en Grecia, a pesar de que los artículos 6.1 y 7 de su Ley 1652 exijan, como nuestra LAT, la escritura pública constitutiva y como obligada su inscripción registral para el multiarrendamien-

luego los contratos de cesión de los derechos arrendaticios no ingresen autónomamente en el Registro, lo cual es voluntario (cfr., arts. 9.1, núms. 5.º y 11.º; 14.1, y 15.3 LAT), porque su contenido vendrá, *ab initio* y *ope legis*, expresado en la inscripción del propio régimen²⁰⁷. La inscripción de éste basta por sí misma: pondrá al adquirente sobre aviso acerca de su existencia y contenido, no pudiendo ignorar que él no podrá disfrutar material o inmediatamente de la finca adquirida, ni modificar su régimen arrendaticio por turno mientras esté vivo el inscrito en el Registro²⁰⁸.

Operada, así, la subrogación del comprador en la posición del arrendador según el régimen constituido en virtud del Registro, su alcance vendrá determinado por lo inscrito, que será el régimen con todas sus cláusulas (escriturarias y estatutarias integradas en el mismo –cfr. arts. 4 RD 297/1996, 5.1.5.º, 6.1 y 9.2 LAT–), con inclusión, seguramente, del contrato arrendaticio de servicios que el antiguo arrendador-transmitente celebró con una empresa para la prestación de tales servicios, porque dicho contrato, aunque de contenido obligacional y de eficacia naturalmente relativa, consta archivado en el Registro como contenido de la escritura pública constitutiva y reguladora del régimen (art. 6.3.I LAT)²⁰⁹.

to, sin embargo, *ex artículo 2*, núms. 1 y 3, sigue rigiendo para él el principio de relatividad del contrato, de modo que sólo será eficaz *inter partes*. En cambio, en Alemania, explica FAJARDO, L.: «La multipropiedad en la República Federal de Alemania», en *ADC*, 1996, I, p. 272, según el parágrafo 571 BGB se niega el principio venta quita renta, de modo que «cuando se transmita la propiedad sobre un inmueble existiendo un arrendamiento, el adquirente estará obligado a soportar el mismo».

²⁰⁷ Para COSTAS, L.: *op. cit.*, pp. 416, 417 y 442; y Ruiz-Rico, J. M. (Dir.): *op. cit.*, pp. 118 y 412, es suficiente la inscripción del régimen de goce por turno para asegurar la subrogación *ex artículo 29 LAU* del nuevo arrendador en cada contrato, siendo ello, dicen, lo que justifica el contraste entre la obligatoria inscripción del régimen y la voluntaria del contrato de cesión. En contra, TENA ARREGUI, R.: *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁸ Si ese tercero adquiere el conjunto inmobiliario en su totalidad, habrá de conocer dicho régimen en su integridad, según la escritura creadora y reguladora del mismo, por la información que le ofrece la hoja registral de dicha finca ya previamente inscrita *ex artículo 4.1 LAT*. Si lo que adquiere es en concreto un alojamiento, también conocerá la existencia y alcance del régimen arrendaticio previamente creado sobre el mismo, y si bien no lo conocerá en su totalidad, porque en la hoja constarán, a modo de inscripción concisa de referencia, las circunstancias del artículo 5.1.3.º LAT *ex artículo 6.1.II LAT* (cfr., art. 6.2.II RD 297/1996), no podrá alegar ignorancia sobre su existencia y parte de contenido, precisamente la parte más importante pues referida a los turnos, número, duración y cuotas que a cada uno de ellos corresponde, será lo que le vincule. Asimismo, la hoja real de la nueva finca registral, el alojamiento (art. 6.1.II LAT), habrá de contener una nota de remisión a la hoja de la finca matriz (cfr., art. 6.2.II *in fine* RD citado), en la que ya constará con detalle el régimen constituido. No es que esa nota marginal, que es de referencia, se equipare, en su eficacia hipotecaria, a la inscripción; pero aunando la nota de reenvío y la inscripción habida cuenta de los artículos 6.1 y 5.1.3.º LAT, que de suyo asegura la oponibilidad del régimen, ello obliga al adquirente a tomar cierta diligencia en el conocimiento íntegro del mismo (aunque incluso sea para comprobar si se ha extinguido y ha de cancelarse).

²⁰⁹ *Vid.*, por todos, RUIZ-RICO, J. M. (Dir.): *op. cit.*, pp. 227 y 228. Y aunque se extinguiera tal contrato de servicios –como parece insinuar LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, pp. 168

Habida cuenta, pues, de los requisitos que han de cumplirse para la efectividad de la subrogación y para conocer el contenido de la misma, habrá un caso en que de suyo aquélla no opere: aquel en que incumpléndose precisamente el mandato contenido en el artículo 4.3 LAT sólo haya habido escritura pública –pues de no haberla, ni siquiera el régimen habría nacido–, mas no posterior inscripción del régimen, lo que incluso imposibilitaría, por pura exigencia de tracto sucesivo, la inscripción en particular de los contratos transmisivos de los turnos arrendaticios. En ese caso, si la finca arrendada se enajena y en el contrato de venta, o en la escritura pública en su caso, ni siquiera aparece mencionado el régimen de arrendamiento creado, el tercero adquirente no habrá de subrogarse en la posición del arrendador-vendedor, de modo que el arriendo podrá extinguirse, podrá ser resuelto por el nuevo dueño (cfr., arts. 3.1 LAT, 1549 y 1571 CC vs arts. 14.1 LAU y 1280.2.º CC)²¹⁰.

5. El fallecimiento del arrendatario: ¿es necesariamente causa de extinción del arrendamiento por turno vacacional?, ¿es posible la subrogación convencional *mortis causa*?, ¿es disponible *mortis causa* el derecho de arrendamiento por turno?

No siendo de suyo aplicable el artículo 33 LAU al arriendo por turno vacacional por no adecuarse a sus rasgos funcionales y objetivos²¹¹, y no habiendo, entonces, para éste subrogación legal *mor-*

y 169, por tratarse de un archivo registral que carece de la fe pública registral–, su repercusión práctica, a los efectos de asegurar a los arrendatarios la prestación de dichos servicios, sería casi inexistente, porque, como dice el artículo 16 LAT, resuelto aquel contrato, el arrendador –en caso de venta, el nuevo arrendador– habrá de asumir directamente la prestación de los mencionados servicios a no ser que celebre un nuevo contrato de servicios con un tercero, con una empresa especializada en su prestación, debiendo en cualquier caso hacerlo constar así en el Registro inmobiliario respetando los derechos de los arrendatarios ya adquiridos sobre tales servicios (arts. 1.1, 2.1, 4.1.c), 5.1.4.º, 6.3, 8.2.g), y 16 LAT).

²¹⁰ Habría, tal vez, otro supuesto, aunque improbable en la práctica, en que la venta de la finca arrendada podría implicar la extinción del arriendo, aun estando éste inscrito: podría existir un acuerdo, celebrado siempre entre arrendador y arrendatario (vs art. 1571 CC), mas nunca impuesto unilateralmente por el primero (cfr., arts. 10 bis 1 LGDCyU, 5.1.5.º y 6.1.I LAT, 5 y 6 LPH), en el que se contemplara: bien la exclusión de la subrogación sin más –expresamente o negando la aplicación de los arts. 29 LAU, 1549 y 1571 CC–, esto es, la renuncia anticipada por parte del arrendatario al beneficio, *ex Registro*, de la subrogación del adquirente en la posición del arrendador; bien que la continuidad o la extinción del arriendo se deje en la voluntad del adquirente –aunque, ¿tal vez no serían tales pactos *contra legem*, por infringir el *desideratum* del art. 1.4.IV LAT en perjuicio del arrendatario *ex art. 2.1 LAT*?–; o bien que aquella renuncia se pueda llevar, o no, a cabo una vez realizada la enajenación, y así una vez conocida la persona del adquirente.

²¹¹ A pesar de su ubicación, dentro del título III LAU sobre arrendamientos urbanos para uso distinto al de vivienda, el artículo 33 LAU, al igual que sucede con el artículo 32 LAU, es de suyo inaplicable a los arriendos de la LAT: frente a la enumeración *ad exem-*

tis causa ninguna, ¿cabría establecerla convencionalmente ²¹²? Implicando ello la continuidad del arriendo y ningún perjuicio en principio para el arrendatario, nada impide tal posibilidad. No obstante, la subrogación *mortis causa* habrá de establecerse con explicitud y claridad, siendo inoperante la cláusula que indique simplemente la aplicación del artículo 33 LAU por no adecuarse su contenido al arriendo de la LAT. Quizás sea más conveniente en su lugar una cláusula en la que expresamente se establezca la subrogación *mortis causa* a favor de la persona designada por el arrendatario inicial o, en defecto de dicha designación, a favor de su heredero. Por supuesto, de admitirse *ex voluntate* la subrogación *mortis causa* siempre existirá como límite preceptivo, e innegociable pues, el contenido del contrato inicialmente pactado, pues siendo subrogación, el subrogado como nuevo arrendatario sustituirá al arrendatario muerto en su posición, en todos sus derechos y obligaciones (aps. 1 y 2, ambos *in fine*, del art. 15 LAT), con la única salvedad posible de los que fuesen personalísimos ²¹³.

Como cuestión conexas, aunque diversa; al ser de naturaleza crediticia el derecho arrendaticio por turno podría resurgir una vieja, pero aún vigente, polémica que realmente excede en mucho de estas páginas: la disponibilidad o no *mortis causa* del derecho arrendaticio. ¿Es un derecho, el del arrendatario, que pueda ser

plum y amplia contenida en el artículo 3.2 LAU, el artículo 33 LAU restringe su ámbito material de aplicación para sólo referirse, y aplicarse, a los arrendamientos de finca urbana en que se ejerza, lógicamente por el arrendatario, una actividad empresarial o profesional, condicionando, y justificando, la subrogación legal *mortis causa* en él prevista a que el heredero o el legatario continúe dicha actividad (cfr., el preámbulo de la LAU, en el párrafo cuarto de su ap. 3). Y, de nuevo, cualquiera que sea el significado que se quiera dar a tales actividades, estricto (comprensivo sólo de las actividades profesional, comercial e industrial) o amplio (cualquier actividad con un fin lucrativo), el arriendo-hospedaje del artículo 1.6 LAT quedará fuera de su previsión, pues en él el objetivo único y exclusivo es el uso de un alojamiento para vacaciones y turismo. Así lo dicen, MARTÍNEZ-PIÑERO, E.: *op. cit.*, p. 191; y LORA-TAMAYO, I.: *op. cit.*, p. 47. Lo que sí sorprende es que Ruiz-Rico, J. M. (Dir.): *op. cit.*, p. 118, llegue a afirmar la aplicabilidad del artículo 33 LAU al arrendamiento por temporada en general y al vacacional de la LAT en particular, pudiendo también —dice— darse la sucesión *mortis causa*, pareciendo, así, confundirla con la subrogación del artículo 33 LAU. Asimismo, el artículo 33 LAU, de forma muy reveladora y a mayor abundamiento en su inaplicabilidad al arriendo por turno, habla expresamente de «*local*», cuando dicha clase de inmueble está excluido, también de forma expresa, del ámbito objetivo de los arrendamientos por turnos, por cuanto no cumplen los requisitos propios del alojamiento habitable y turístico (art. 1.2 LAT).

²¹² También se hace esta pregunta, *ex art.* 4.3 LAU, mas sin responderla, MARTÍNEZ-PIÑERO, E.: *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹³ Quizá pudiera plantearse como otra cuestión qué sucederá si el arrendatario es una persona jurídica y se extingue o disuelve ésta. En tal caso, simplemente habrá que atender a lo dispuesto en sus estatutos acerca de la liquidación de su patrimonio, pudiendo ser, como posible efecto, que los miembros, si es una asociación, o que los beneficiarios, si se trata de una fundación, adquieran, según les corresponda, parte del derecho arrendaticio, cuya distribución se hará por turnos.

objeto de herencia o de legado²¹⁴? Poco viene a decir en este punto la LAT, que puede incluso resultar arma de doble filo. En claro contraste con parte del Derecho comparado, que reconoce expresamente la disponibilidad *mortis causa* del *timeshare* arrendaticio²¹⁵, nuestra LAT, recuérdese, dice en su artículo 15.1: «El titular de un derecho de aprovechamiento por turno puede *libremente disponer de su derecho sin más limitaciones que las que resulten de las leyes*»; es decir: por una parte –primera cursiva–, consagra la libre disponibilidad de los derechos-turno –según vimos–, sean jurídico-reales u obligacionales. ¿Acaso, entonces, por su propia amplitud podría deducirse que el derecho es disponible por acto tanto *inter vivos* como *mortis causa*²¹⁶? Pero, por otro lado –segunda cursiva del art. 15.1 LAT–, hace una referencia genérica –según vimos también– a los límites generales sobre disposición. ¿Acaso, entonces, si se trata de un goce por turno arrendaticio no cabe su cesión hereditaria por ser de naturaleza personal? Recuérdese, además, que como dice la LAT en su exposición de motivos, al aprovechamiento por turno arrendaticio «resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley –la LAT– en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica». No pudiéndose obtener, pues, una respuesta clara desde la propia LAT, parece conveniente que en la práctica se establezca convencionalmente, si se la quiere admitir mediante un mecanismo diverso pero con parecidos resultados, la subrogación *mortis causa* antes indicada.

²¹⁴ Para una exposición de esta cuestión, muy debatida por la doctrina, siendo mayoritaria la que niega tal disponibilidad por ser de naturaleza personal el derecho de arrendamiento; *vid.*, FERRANDIS VILELLA, J.: «Sucesión en los arrendamientos...», en ADC, 1954, pp. 405 ss.

²¹⁵ Así, por ejemplo, la Ley griega de 1986 permite, en su artículo 2.1.º y 2.º, la sucesión, a título universal o a título particular, tanto en la posición del arrendador como en la del arrendatario. También en la práctica extranjera, donde hasta hace poco aún no había regulación legal específica, se ha venido permitiendo la transmisión *mortis causa* del tiempo compartido creado bajo el molde arrendaticio; así, en Suiza, como dicen PAU, A.: *op. cit.*, pp. 36 y 37, y BENITO, J. A.: *op. cit.*, pp. 493 y 494, y en Alemania, como nos explica FAJARDO, L.: *op. cit.*, p. 370.

²¹⁶ Así lo entienden, apoyándose en el artículo 1257 CC y en el carácter no personalísimo del goce por turno arrendaticio, ARIAS DÍAZ, M. D.: *op. cit.* (Dir. Ruiz-Rico), p. 434, y COSTAS RODAL, L.: *op. cit.*, p. 370.

La fianza aseguradora

EDUARDO ESTRADA ALONSO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Clases de fianza aseguradora.*—III. *La naturaleza de la fianza aseguradora:* Caracteres. 1. Gratuidad. 2. La falta de intervención y control público y de profesionalidad de quien asegura el perjuicio. 3. La personalidad de los otros partícipes en la relación plurilateral. 4. La funcionalidad. 5. El carácter principal de la obligación. 6. Carácter aleatorio.—IV. *Analogías y diferencias con el seguro.*—V. *Diferencias del seguro de caución y la fianza ordinaria a efectos de diferenciarlas de la fianza aseguradora.*—VI. *Diferencias de la fianza aseguradora con el seguro de caución como garantía.* VII. *Analogías y diferencias con los negocios intercisorios, de garantía y con la fianza civil ordinaria:* 1. El marco de las garantías personales. 2. Diferencias y similitudes con la fianza ordinaria del Código Civil. 3. Los negocios jurídicos intercisorios de garantía.—VIII. *Otras figuras afines a la fianza aseguradora:* 1. El contrato autónomo de garantía. 2. El aval en sentido amplio. 3. La fianza *omnibus*. 4. La fianza *indemnitas*. 5. El mandato de crédito. 6. Las cartas de patrocinio. 7. La comisión de garantía. 8. El contrato a favor de tercero. 9. La promesa de hecho de tercero.—IX. *Régimen jurídico de la fianza aseguradora:* A) La eficacia de la fianza aseguradora en el Derecho español. 1. La causa como elemento de control. 2. Justificación de la fianza aseguradora. Aplicación de la causa de la fianza ordinaria por analogía. 3. La causa en los negocios jurídicos de garantía. B) El derecho de reembolso. C) Régimen de excepciones: 1. Relaciones entre el fiado asegurado y fiador asegurador. 2. Relaciones entre el asegurador y el causante del daño.

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista general, toda cobertura de riesgos que puedan correr personas, cosas o derechos, ante la posibilidad de que les afecte la realización de determinados eventos dañosos futuros e inciertos, es un seguro.

Sin embargo, la etapa romántica de los primeros seguros descrita por Vivante ¹ —en la que los aseguradores se reunían en los puertos marítimos para informarse recíprocamente de los viajes de cada buque objeto del seguro sin conseguir cubrir el fondo necesario para hacer frente a los siniestros, de modo que el asegurador corría con grandes riesgos personales— en poco se parece al seguro actual.

Conviene destacar, sin embargo, que ni siquiera en esta primera etapa histórica el seguro tenía carácter gratuito, sino que se formalizaba mediante un préstamo a la gruesa, en la que el prestamista arriesgaba su dinero en función del éxito o del fracaso de la expedición marítima con un evidente ánimo de lucro.

El seguro privado actual está fundamentado en la reunión de gran número de operaciones que se realizan por las empresas aseguradoras para neutralizar el riesgo, repartiéndolo entre una masa de operaciones uniformes, mediante el pago de una prima fija.

Es cierto que la verdadera naturaleza y la idea madre del seguro, estriba en la repartición de los riesgos entre un gran número de personas y que para que un seguro funcione es preciso suponer no un asegurado único en presencia de un riesgo de realización muy incierta, sino un gran número de personas expuestas al mismo riesgo; es preciso suponer, además, que este riesgo es de realización frecuente y que los siniestros que causa anualmente se producen con una regularidad casi constante, con oscilaciones alrededor de una cifra media. En estas condiciones todas esas personas tienen interés evidente en concertarse para repetir entre ellas la pérdida total resultante de los siniestros anuales; por este medio, cada una de ellas deja de estar expuesta a un riesgo enorme, susceptible de realizarse de tarde en tarde, pero capaz de arruinarla o empobrecerla gravemente si llega a producirse; en lugar de este peligro cada una soporta de una manera casi fija un ligero sacrificio pecuniario, casi insensible para ciertos riesgos, pero que basta para hacer frente a las pérdidas anuales de conjunto del grupo. En otros términos: los siniestros, en lugar de ser soportados individualmente, lo son colectivamente por vía de cotización o abono, y la pérdida pecuniaria que causen, en lugar de producirse accidentalmente para algunos, se produce para todos de un modo continuo y muy atenuado. El riesgo o *alea* queda así suprimido, y el contrato merece su nombre de seguro. Pero se ve que desde el punto de vista económico, si no desde el punto de vista jurídico, el seguro funciona entre todos los asegurados bajo la forma de una garantía recíproca, más bien que

¹ Cfr. VIVANTE, *Trattato*, IV, p. 334.

bajo la forma de operaciones aisladas entre la compañía de seguros y cada asegurado².

Lo dicho sobre el seguro no coincide en todo con la figura que aquí se trata, que generalmente se constituye de forma gratuita o por mera liberalidad del asegurador y en la que no se produce la socialización o reciprocidad del riesgo (sino que éste se asume individualmente o a cargo de muy pocas personas).

La formulación de la fianza caucional podría ser del tenor literal que a continuación se recoge:

La sociedad M. garantiza personalmente y de forma solidaria, que la obligación (explotación, actividad etc.) que asume la sociedad R. no le producirá ninguna clase de pérdidas, por lo que si alguna se produjera, será compensada por M., mediante el mecanismo económico que proceda y sea lícito en Derecho.

II. CLASES DE FIANZA ASEGURADORA

La formulación que acaba de realizarse es una de las muchas posibles y puede ir variando (dependiendo de la extensión que quiera dársele al riesgo) dependiendo, como en los seguros, del riesgo cubierto.

Atendiendo a la clasificación de los riesgos, la fianza aseguradora se centra en los daños sobre cosas y créditos. La más habitual es la que cubre el riesgo derivado para el asegurado de tener que cumplir una obligación y el perjuicio que se derive de su incumplimiento, y también el que se deriva de no poder hacer cumplir o cobrar una obligación.

La denominada fianza aseguradora consiste en que una persona no promete responder por el cumplimiento de la deuda, sino eliminar el riesgo del incumplimiento de una obligación reparando el perjuicio que de ello se deriva, no sólo frente al acreedor, sino frente a quien puede resultar deudor de una obligación o acreedor sin posibilidad de cobro.

Pese a lo dicho, los supuestos a los que se asimila pueden ser muy variados y no se limitan todos exclusivamente al riesgo que se deriva del incumplimiento de una obligación como en la fianza.

Otros ejemplos se presentan cuando se encomienda a alguien que realice una determinada actividad o entable una relación jurídi-

² PLANIOL, *Traité élémentaire*, 10.ª ed., núm. 2143, 1926, p. 720.

ca a cambio de una ganancia, o que inicie un litigio prometiéndole indemnidad del resultado adverso, las fianzas judiciales o los avales de ejecución de obra o cuando un autor promete a un editor —asumiendo aquél el riesgo— que venderá un número determinado de ejemplares.

Subjetivamente, la relación jurídica se establece entre un fiador asegurador que cubre el riesgo y un fiado asegurado que no debe pagar prima ni cuota.

En la fianza aseguradora que se propone, se promete indemnizar frente a un riesgo que, de una manera u otra, está representado por la conducta o el cumplimiento de una obligación indemnizatoria por el fiador asegurador, pero la especialidad de la fianza aseguradora se encuentra fundamentalmente en la inexistencia de la obligación de pagar primas por parte del asegurado afianzado.

Pese a lo dicho, no siempre estará exenta de onerosidad porque mediante la fianza aseguradora, una de las partes asegura un resultado económico a la otra teniendo, la primera generalmente, interés en la celebración de un negocio jurídico distinto entre el asegurado y un tercero. Para animar al asegurado a la constitución de la relación obligatoria le ofrece la seguridad de que no va a sufrir pérdida y perjuicio alguno. El resultado se garantiza con mayor o menor independencia de cualquier suceso y de ahí dependerá su abstracción o sustantividad.

De esta característica podemos distinguir dos clases de fianza aseguradora, no existiendo en ninguna la obligación de pagar cuotas o primas:

a) Una, totalmente gratuita o de pura beneficencia. El beneficiado de la liberalidad se enriquece y no viene obligado a realizar una prestación impuesta por el fiador que actúa con pleno *animus donandi*.

b) Otra, gratuita en cuanto al pago de primas, pero en la que existe un interés patrimonial por el fiador asegurador que no se traduce en el cobro de primas periódicas, sino en otro diverso (a la que denominamos parcialmente onerosa). En este caso, el fiado-asegurado además de recibir una liberalidad (consistente en que le serán reparados los perjuicios que sufra) viene obligado a realizar una prestación impuesta por el donante (que consiste en desarrollar una actividad o empresa que consiste en aparecer como sujeto pasivo de una obligación de la que puede resultar deudor), identificándose en mucho con una donación modal regulada en el artículo 619 Cci. A la motivación de beneficencia se añade otra que no se identifica siempre con una motivación subjetiva relevante del donante, sino

que tiene cierta importancia jurídica y obligacional para el beneficiado. La actividad o empresa que inicia o ya ha iniciado el asegurado (modo o carga) no se identifica con la causa del negocio en la donación que sigue siendo la liberalidad.

En cambio, esta actividad o empresa que inicia o ya ha iniciado el asegurado en la fianza aseguradora, en algunos casos se impondrá como causa de la fianza aseguradora y en otros casos no³, cuestión que habrá de ser tenida muy en cuenta para calificar el negocio.

III. LA NATURALEZA DE LA FIANZA ASEGURADORA

Una lectura apresurada de una cláusula de este estilo nos hará concluir que estamos en presencia de un seguro. En apariencia, la fianza aseguradora tiene la forma de un seguro aislado, gratuito y formalizado entre particulares.

Como en el seguro, el beneficiario de esta cláusula tiene cubierto un riesgo o una necesidad fortuita producida por un cierto suceso previsto y tasable; también con ella se pretenden evitar las consecuencias perjudiciales que determinados sucesos fortuitos e imprevisos puedan tener para el patrimonio de una persona.

Sin embargo, una declaración de voluntad en este sentido no puede generar un seguro, porque en la fianza aseguradora el asegurado no tiene obligación de pagar cuotas y no hay seguros gratis.

Tampoco en el ejemplo del formulario transcrito, la sociedad R. contribuye en nada a favor de la sociedad M.; no existe entre ellas mutualidad ni reciprocidad de ningún genero. El asegurado es sólo uno, siendo el asegurador quien responde con su propio patrimonio aisladamente.

El que denominamos asegurado, salvo pacto en contrario, no pagará cuotas o primas, sino que, como en la fianza, recibe un beneficio sin contraprestación. Sin embargo, como en el seguro, en caso de que sufra el quebranto previsto el asegurador tiene la obligación de reponérselo.

Se trata de un negocio de cobertura indemnizatoria en el cual el beneficiario goza de un derecho de seguir manteniendo su estado actual como si el daño no se hubiera producido⁴.

³ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998, p. 173; BARASSI, *La teoría general delle obbligazioni*, vol. II, 2.^a ed., Milano, 1948, p. 260; la causa no está en el modo, está en el intento de liberalidad.

⁴ La figura es tratada en Alemania por Hadding-Hause-Werlter, p. 683; CANARIS, *Bankvertragsrecht...*, p. 748; PECHER, *Münchener Kommentar BGB* (1986), Vorb. & 765 ss., núm. 3; BOETIUS, *Der Garantievertrag* (1966), pp. 38 y ss. Se trata de un contrato atípico con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, que consiste en una cobertura

Pensemos por ejemplo en una relación jurídica trilateral establecida para salvar la mala situación económica de unos productores de leche. Éstos se obligan a vendérsela a un intermediario (generalmente una institución pública que le asegura un precio por litro de leche) y éste, a su vez, debe transmitirla a un distribuidor (que pagará un precio más alto). Formalizan un contrato entre el productor y el intermediario y otro contrato entre el intermediario y el distribuidor (que le puede interesar tener centralizada la recogida en un solo punto). Este último, el distribuidor, asume y garantiza a favor del intermediario que, del resultado de esta operación, *no debe tener ninguna clase de pérdidas*.

Al distribuidor le interesa comercializar la leche y garantiza al intermediario (que le sirve de mero instrumento de intermediación) prometiéndole una absoluta indemnidad del resultado adverso. Se trataría de un negocio de cobertura indemnizatoria en el cual el intermediario goza de la seguridad de que, en caso de que surjan problemas económicos (como la falta de pago del suministro por él realizado al distribuidor, lo que le impedirá a su vez realizar su pago al productor resultando deudor) va a mantener una situación equivalente a la que existiría si el daño no hubiera acontecido.

Esta pretensión se entiende como de carácter indemnizatorio, ya que el garante no se obliga a procurar el cumplimiento de la obligación básica frente al acreedor, sino a cubrir todo tipo de pérdidas al que resulta deudor.

Con esta descripción se presenta la duda sobre la eficacia y naturaleza de una cláusula de mera liberalidad de esta naturaleza en el mundo de los negocios jurídicos, aunque en muchos casos el motivo del asegurador para otorgar esta fianza no está exento de la intención de obtener algo a cambio aunque no sea siempre una ventaja patrimonial, por lo que la gratuidad quedará en evidencia.

Retomando la diferencia entre la fianza aseguradora por mera liberalidad y la que se produce acompañada de un modo o carga, surge la cuestión de determinar el grado de influencia que tenga la carga sobre la naturaleza de la donación y cómo se armoniza la obligatoriedad del modo con la naturaleza del negocio en que se inserta.

El fiado asegurado tendrá el deber jurídico de cumplir con el objeto de la fianza aseguradora (onerosa), produciéndose en caso

indemnizatoria, en el cual el beneficiario goza de una *Ausgleichsanspruch* para el caso de que ocurra un suceso o que se mantenga un estado actual, de forma tal que el garante queda obligado a mantener al beneficiario en una situación equivalente a la que existiría si el daño no hubiera acontecido.

contrario un enriquecimiento sin causa a su favor. Si la ejecución del modo se entiende como contravalor de lo recibido en concepto de donación, por ser la carga igual o superior al valor de lo garantizado gratuitamente, se produciría una alteración del negocio que pasaría de ser gratuito y se incluiría entre aquellos en los que la atribución patrimonial a la que se obliga una de las partes no supone una pérdida, sino que se compensa con el equivalente de lo que, a cambio, recibirá de la otra parte.

Se habla en estos casos de contrato de cambio⁵ y se utiliza para asimilar la donación modal con la prevista en el artículo 622 Cci⁶.

La onerosidad en estos casos será difícil de disimular, aunque por algunos autores trate de negarse⁷, cuando el modo impone una obligación en beneficio de un tercero, identificando la donación onerosa con el *negotium mixtum cum donationem*, en el que la donación ocupa un lugar paralelo al del negocio de cambio, formándose un contrato único con una causa compleja⁸.

En la fianza aseguradora que calificamos de onerosa, la liberalidad del fiador comprende una contraprestación vinculada a una atribución recibida, en términos de interdependencia, por lo que incluso puede ir más allá del concepto de modo en las donaciones y acercarse al elemento accidental de la condición.

A juicio de algunos autores, nos encontraríamos ante figuras contractuales válidas, pero distintas del juego y la apuesta, que serían verdaderas donaciones condicionadas a la producción del evento de que se trate⁹.

⁵ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *ob. cit.*, p. 375; DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 351, entiende que «si el artículo 619 conceptúa como donación aquella en que el valor de las cargas fuese inferior, quiere decir que si es superior ya no hay donación, sino contrato de cambio. No hay donación porque para el Código Civil hay una transformación de la causa, de liberal pasa a onerosa».

⁶ Cfr. PUIG PEÑA, «Donación», *NEJ*, p. 804; NÚÑEZ LAGOS, «Pago de lo indebido sin error», en *RGLJ*, 1946, p. 590; LÓPEZ PALOP, «La donación remuneratoria y el artículo 622 del Código Civil», en *AAMN*, 1959, p. 53 y ss.

⁷ Cfr. ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», en *RDP*, 1947, p. 841; BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, p. 947; TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, p. 44, si el donante es el destinatario de la prestación puede apreciarse alguna confusión entre la donación modal y la donación mixta.

⁸ BALBI, *La donazione, Trattato di diritto civile diretto da Grosso e Santoro-Passarelli*, vol. II, Milano, 1964, p. 70, construye la figura manifestando que «la obligación asumida por el donatario como equivalente de una parte de aquello que recibe daría lugar a un negocio mixto, oneroso en la parte en que las recíprocas prestaciones son equivalentes, y gratuito en la parte que excede, pero se debe excluir la idea de que la construcción del *negotium mixtum* sea siempre idónea para explicar la donación modal».

⁹ Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, T., *Los contratos de juego y apuesta*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 93; DÍEZ PICAZO Y GULLO BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, vol II, p. 484; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 565 y 566; LETE DEL RÍO, *Derecho de Obligaciones*, vol. III, Tecnos, 2.ª ed. Madrid, 1995, p. 248.

Se trataría de un contrato condicional consensuado, en el que el *aleas* o la condición se convierte en elemento esencial por de la voluntad de las partes ¹⁰.

Ello nos obliga a salirnos de la disciplina aplicable a la donación en lo que de oneroso tenga la fianza aseguradora. De modo que, en la medida en que el acto gratuito permanece y no se desvirtúa con la carga modal, se regirá por las reglas propias establecidas para toda donación en la parte que exceda del valor de la carga impuesta, ya que en esta parte la donación es ciertamente acto de liberalidad, y procederá la aplicación de las normas que regulan los contratos hasta la concurrencia del gravamen y cuando éste iguale o supera el valor del bien donado ¹¹.

La liberalidad podrá ser revocada cuando el donatario-fiado haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que le impuso el fiador-asegurador (art. 647 Cci). El precepto excluye la necesidad de pacto entre fiador y fiado para dar lugar a la revocación.

El objetivo de este trabajo es examinar si esta garantía en un contrato (aunque su extensión de contenido puede ser diferente) puede salir inmune de ineficacia en nuestro Ordenamiento Jurídico.

CARACTERES

1. Gratuidad

La gratuidad de la fianza aseguradora se desarrolla en dos principios que pueden ser modificados por voluntad de las partes, uno es la falta de cuotas y otro es la falta de subrogación o reembolso.

La diferencia fundamental de la fianza aseguradora con el seguro y con la fianza ordinaria es que en la primera no necesariamente habrá prestaciones recíprocas ni mediará precio (prima fija). Si mediaren cuotas, sería nula por contradecir las normas imperativas del seguro.

Así como la fianza del Código Civil generalmente no es retribuida en el seguro media siempre una prima.

Pero también el artículo 1823 Cci permite la fianza onerosa. Esto ha hecho que algunos autores la hayan considerado como un seguro cuando la compensación del riesgo que asume no vaya

¹⁰ Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo XXII, 1.º, Edersa, Madrid, 1992, p. 328.

¹¹ Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo VIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 68 y 69.

acompañada de la posibilidad de reintegrarse de lo que pague por el deudor principal.

La fianza aseguradora es gratuita entendiendo la gratuidad en el sentido de que no debe pagarse precio ni realizarse contraprestación alguna.

Cuando en la fianza civil onerosa el que paga su precio es el acreedor, la situación se asemeja mucho con el seguro de crédito. En el seguro de crédito se está pagando una prima al asegurador por haberle trasladado el riesgo de un siniestro y, además, una vez satisfecha la indemnización, en la hipótesis que acontezca el siniestro, puede subrogarse en los derechos y acciones que correspondan al asegurado contra las causantes del daño para resarcirse de lo pagado (arts. 43 y 82 LCS).

En la fianza aseguradora podríamos decir, de la forma más gráfica posible, que el asegurador garante embarca en una aventura a una persona que puede resultarle perjudicial, mitigándole previamente la preocupación, porque, de resultar deudor o perjudicado, el garante le asegura que le repondrá todos los perjuicios.

De su naturaleza gratuita se deriva que no exista derecho de subrogación para quien cubre el perjuicio frente al fiado asegurado, o, incluso, salvo que se pacte lo contrario, frente al responsable del perjuicio, salvo en los casos de dolo o enriquecimiento sin causa.

Circunstancia que no se presenta en la fianza ordinaria siendo éste el motivo de que la jurisprudencia haya descartado el carácter gratuito de la fianza, ya que el fiador tiene acciones contra el deudor para recuperar lo que ha pagado (derecho de subrogación, derecho de reembolso), de modo que el fiador se puede convertir en un acreedor potencial del deudor (cfr. SS de 11 de abril de 1972 y de 14 de mayo de 1984).

Pero esto puede no ocurrir y no ocurrirá en la mayoría de los casos, salvo que se pacte en contrario, con la fianza aseguradora, donde el garante-asegurador asume todo el perjuicio sin poder repercutirlo; bien porque actúe por beneficencia o bien porque es el más interesado en establecer la relación plurilateral.

El fiador asegurador puede constituir la fianza en un acto de mera liberalidad a favor del asegurado, siendo la consecuencia principal el empobrecimiento del fiador si se produce el evento dañoso. El asegurado no se empobrece nunca porque no paga prima alguna.

Pero, en otros casos, la fianza aseguradora tendrá muchas de las características de la donación modal. El asegurador realiza un acto de disposición con el propósito de obtener un resultado, traducándose en un enriquecimiento del donatario y una imposición al mismo de una obligación.

2. La falta de intervención y control público y de profesionalidad de quien asegura el perjuicio

La fianza aseguradora, es un contrato privado nacido de la autonomía de la voluntad de los particulares y sometido exclusivamente a los límites del artículo 1255 Cci. Todo el componente de normas administrativas o de Derecho público que acompañan a los seguros no deben incidir en la fianza aseguradora entre privados, cuya fuente de derechos y obligaciones es exclusivamente el contrato.

El contrato de seguro, en cambio, se caracteriza actualmente por la intervención del Estado en su preparación y ejecución, para proteger el interés de los asegurados, que se traduce en el denominado Derecho de inspección del Estado de las empresas aseguradoras.

Este control está presente en España desde la Ley de Presupuestos de 5 de agosto de 1893 y se formula sistemáticamente en la Ley Especial de 14 de mayo de 1908, sobre inspección y registro de las sociedades aseguradoras y en su reglamento de 2 de febrero de 1912.

La fianza aseguradora es un contrato que se puede celebrar entre particulares; en cambio, el seguro no se concibe ya fuera de la explotación de una empresa aseguradora.

Cabría plantear, como cuestión de orden público económico, la preocupación que para el Estado puede suponer la extensión de otorgamientos de seguros entre privados no solventes. La Administración es lógico que no vea con buenos ojos el desvío de una actividad aseguradora fuera de sus controles, que podría defraudar las garantías públicas que cubren la actividad aseguradora (normas imperativas, inspecciones, sistema constitutivo, reaseguro, solvencia de las aseguradoras, régimen de responsabilidad, sanciones, etc.) obligando a una reciente modificación practicada con la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

El ramo del seguro se caracteriza, especialmente desde la Ley de 8 de octubre de 1980, por la preocupación de protección al asegurado mediante normas de carácter imperativo, las cuales sólo podrán ser superadas por cláusulas contractuales cuando éstas sean más beneficiosas para aquél. Se produce una tendencia consistente en reducir al mínimo las normas de Derecho dispositivo para proteger al asegurado, como parte más débil e ignorante, contra las cláusulas que agravan su situación, facilitando la exoneración de la empresa y que fueron suscritas sin leerlas o sin comprender su alcance (arts. 1285 y 1288 Cci, 57 Cco y 2 y 3 LCS).

Sin embargo, la preocupación en la fianza aseguradora se desvanece cuando, como hemos dicho, no hay contraprestación mone-

taria por ninguna de las partes, pudiendo calificarse de mera liberalidad, alejándose por tanto el fiado asegurado del concepto de consumidor de seguros.

En realidad, la misma dinámica de este tipo de contratos y de quienes intervienen en ellos hace pensar en su escasa difusión, debido a que nadie asegurará sin contraprestación por encima de lo que no pueda responder.

Por tanto, no puede calificarse el contrato como seguro ni como contrario al orden público, debiendo encontrar acomodo en el principio de autonomía de la voluntad como un híbrido entre la fianza y el seguro.

Derivado del anterior, otro importante inconveniente para incardinar la fianza caucional en el ramo o modalidad aseguradora (recogido en la clasificación de la Orden ministerial de 29 de julio de 1982), y, por tanto, en el ámbito de las diferentes normas sobre ordenación de los seguros privados, es la exigencia de la profesionalidad en el asegurador (art. 6 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 30/1995, de 8 de noviembre).

Este requisito viene actualmente exigido en los artículos 6 y 48 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 30/1995, de 8 de noviembre, donde se prevén graves sanciones para quien desarrolle actividades reservadas a las entidades aseguradoras. También el artículo 6 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, faculta a la Dirección General de Seguros para requerir a cualquier persona física o jurídica que, sin haber obtenido la preceptiva autorización, realice operaciones de seguros para que cese inmediatamente en el ejercicio de dicha actividad, y acordar la publicidad que considere necesaria para información del público.

Profesionalidad que no puede exigirse en la fianza aseguradora, porque no es un seguro, ni está sometida al régimen del seguro.

Pese a todo, los dos preceptos citados sobre seguros se refieren en plural a varias operaciones, pareciendo exigir cierta continuidad y no a una operación aislada de seguro. Además, no se sanciona la falta de profesionalidad, en ninguno, de ellos con la nulidad, sin perjuicio de que pudiera conseguirse con la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

Ésta es otra separación importante entre ambos contratos, al exigirse que el seguro tiene que estipularlo un asegurador bajo sanción de nulidad. En cambio, la fianza aseguradora de carácter gratuito ni es seguro ni tiene que realizarse por un profesional del seguro.

Aplicar a la fianza aseguradora los elementos de todo seguro no tendría mucho sentido cuando se formalice entre privados, pero ello no impide que algunos preceptos puedan ser utilizados por analogía.

Esta profesionalidad ha querido disculparse con base en el artículo 1823 Cci, que permite la fianza onerosa entre particulares no dedicados al ramo del seguro. Sin embargo, no debemos confundir la onerosidad con la profesionalidad y demás requisitos que exige el artículo 6 LOSSP para alcanzar la autorización administrativa en el ramo del seguro.

Por todo ello, nada debe impedir un pacto entre privados, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad (1255 Cci), de una figura similar a un seguro civil aislado y gratuito, ajeno a cualquier empresa aseguradora, con el que no se compromete el patrimonio de un gran número de personas, como ocurre en el seguro con todos los asegurados.

3. La personalidad de los otros partícipes en la relación plurilateral

Otra diferencia con el seguro es que la fianza de caución, no acompañándole los rígidos esquemas del seguro, no es un contrato en el que se designe al tercero beneficiado, sino un contrato entre dos partes, en la que una garantiza a la otra del resultado de una relación jurídica con terceros o de cualquier otro evento. Estos terceros, si así puede llamárseles, pueden ser acreedores del asegurado o incluso deudores que no le pagan, o simplemente personas que le causan cualquier tipo de daño. Todos ellos, sin embargo, resultarán beneficiados por la fianza aseguradora.

En la fianza aseguradora no es como la fianza civil, en la que es acreedor el que contrata, o mejor dicho tiene obligación de contratar, sino que es el fiador quien tiene interés en asegurar a otra persona que no va sufrir ningún perjuicio.

Como veremos, es una figura distinta a la fianza, porque tiene naturaleza reparadora. Sin embargo, no cabe duda de que, cuando va destinada a reparar las consecuencias derivadas de que el asegurado no pueda cumplir una obligación, en cierto modo se asegura a la otra parte de la relación principal que el deudor asegurado tendrá patrimonio debido a que no puede sufrir ningún tipo de perjuicio, enmarcándose generalmente en una relación jurídica más amplia (aunque puede ser una sola obligación de crédito). Este perjuicio

puede resultar de la responsabilidad patrimonial universal del asegurado (art. 1911 Cci).

Esta figura garantiza el buen fin de una operación generalmente compleja y plurilateral. Al fiador asegurador y a otra persona (física o jurídica) les conviene mantener de intermediaria otra persona, que probablemente sirva de árbitro o se comprometa a destinar ciertos fondos a pagar determinadas deudas o cualquier otra función, para cuyo desarrollo exige salir indemne.

Por tal motivo, lo normal es que el fiador caucional no tenga derecho de reembolso o repetición contra el fiado asegurado una vez que éste le reclame los perjuicios que ha sufrido a consecuencia de la relación jurídica con el tercero, e incluso pueda pactarse la falta de reembolso frente al que cause el perjuicio, como veremos.

4. La funcionalidad

En el seguro y en la fianza aseguradora existe una incertidumbre sobre si el hecho dañoso que hace surgir una necesidad patrimonial va a producirse o no.

Como con el seguro, se cubren con esta cláusula todo tipo de acontecimientos dañosos, si bien se parece especialmente al seguro de crédito y caución, limitándose a los daños a cosas, créditos y relaciones jurídicas.

Tanto en el *seguro de crédito* como en la fianza aseguradora no se transmite todo el riesgo del incumplimiento del contrato a un tercero. En ambos, es posible que el deudor afianzado deba pechar en primer lugar con las consecuencias del contrato y luego repercutir contra el garante o asegurador.

La diferencia se encuentra en que en la fianza aseguradora el asegurador puede no ser un profesional del seguro ni entidad financiera, de modo que el deudor afianzado deberá de responder definitiva e íntegramente cuando el fiador resulte insolvente, situación que raramente ocurrirá en el sistema de seguros en el que se previene la cobertura en caso de insolvencia o quiebra de la compañía aseguradora.

El *seguro de crédito* no asegura el incumplimiento, sino las pérdidas finales que experimente el asegurado a consecuencia de la insolvencia de sus deudores, y lo mismo pretende la fianza aseguradora, que también puede ir destinada a cubrir el supuesto en que el asegurado resulte deudor de una relación obligatoria.

El *seguro de caución* es un seguro de daños, cuyo interés asegurado es el que tiene el acreedor asegurado en el cumplimiento pun-

tual de las obligaciones contraídas por el tomador del seguro y cuyo riesgo es el hecho del no cumplimiento puntual.

Ambos son abstractos en el sentido de ser independientes del contrato inicial entre el garantizado (tomador del seguro) y el beneficiario de la garantía (el asegurado)¹².

El asegurado no está obligado a probar el incumplimiento del tomador. Por lo que su estructura contractual es similar a la de un contrato de fianza a primera demanda, ya que, a pesar de la defectuosa redacción del artículo 68 LCS, el asegurador se obliga a pagar ante el mero «no cumplimiento» (junto a la demanda o requerimiento del acreedor asegurado). Sin que pueda alegar que no ha habido «incumplimiento», fuerza mayor o caso fortuito, etc.

Esta posibilidad se permite por el legislador y no en función de que las partes lo hayan pactado. En estas pólizas de seguro es frecuente el pacto en el que las entidades aseguradoras se obligan a satisfacer la suma asegurada al acreedor-asegurado por la simple declaración de éste, indicativa de la producción del siniestro (identificado nominalmente con el incumplimiento de la obligación garantizada). La presencia de estas cláusulas, que configuran el seguro de caución, aparentemente como un ejemplo de las garantías a primer requerimiento o primera solicitud, viene exigida primariamente por la función que el mencionado seguro pretende cumplir, esto es, sustituir, con efectos equivalentes, a la entrega de una caución real.

En la fianza *aseguradora* —contrariamente a la fianza ordinaria— la fuente de su obligación está en el daño que se constituye en su condición. En el momento de firmar el contrato, el garante asegurador no sabe si va a tener que pagar, ni cuánto tendrá que pagar, hasta que no se produzca el evento dañoso. El daño forma parte del supuesto de hecho de la obligación del garante.

Es indemnitaria en el sentido de que es una garantía dirigida a evitar al acreedor un determinado perjuicio económico, bien porque cubra una obligación dineraria, o bien por que tratándose de otro tipo de obligación (dar, hacer o no hacer) se tenga que cumplir por equivalente.

En esto se parece a los seguros contra daños, y su similitud con el seguro de crédito y caución ha de llevarnos a aplicar analógicamente sus normas en muchos casos, donde es elemento económico el interés, o sea la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por efecto de un hecho determinado.

¹² Cfr. Sentencia del TS de 14 de noviembre de 1989 (Arz. 7878). No entenderlo así, dice la sentencia, quebranta la buena fe y la lealtad mercantil y los artículos 1258 CC y 57 Ccom.

La doctrina del interés se estudia al tratar del seguro contra daños, donde el objeto del contrato no es propiamente la cosa asegurada, sino el interés que en ella tenga el contratante. El asegurado es propietario de una casa con valor de cincuenta millones de pesetas, pero su interés por ella es de treinta millones, y esto es lo que asegura.

5. El carácter principal de la obligación

El seguro es un pacto autónomo y sustantivo distinto de todo otro negocio jurídico. También la fianza aseguradora es principal, pero será tanto más principal cuanto más gratuita sea y no se condicione al cumplimiento de una condición o carga del fiado-donatario.

En la fianza aseguradora el garante-asegurador garantiza a otra persona a la que anima e indica que establezca una relación obligatoria con otra (por muy distintas razones, todas de interés para dicho asegurador-garante) con la condición de que no va a sufrir ningún tipo de perjuicio. Aquel perjuicio que sufra este mero intermediario embarcado en una relación jurídica será asumido por el asegurador-garante que podrá reembolsarse del causante del daño, salvo que se haya pactado lo contrario y en supuestos especiales de enriquecimiento sin causa, fraude, mala fe, etc.

En la fianza aseguradora el garante no sólo puede obligarse sin el consentimiento del acreedor de una relación jurídica, sino que tampoco se compromete exclusivamente a satisfacer el interés del acreedor. Lo normal es que cubra el riesgo de alguien que puede resultar deudor por haber sido parte de un negocio o relación jurídica y ello indirectamente puede repercutir beneficiosamente en el acreedor. Al no tener acción un tercero para exigir el cumplimiento, concluimos que la fianza aseguradora no es un contrato a favor de tercero.

Característica de su régimen es que el compromiso puede ser global y universal. No se reduce por consiguiente a la responsabilidad contractual, sino que puede incluir a la extracontractual. No se refiere sólo a las obligaciones unilaterales en beneficio del acreedor, sino que generalmente se pacta en obligaciones recíprocas, bilaterales o plurilaterales en las que el garantizado puede ser acreedor de unas y deudor de otras, garantizándole que *no va a sufrir ningún perjuicio*. Esta reparación de perjuicios redundará en beneficio de la otra parte de la obligación principal, porque supondrá que cuando se indemnice, su interés tiene mayores posibilidades de ser satisfecho.

6. Carácter aleatorio

El seguro tiene carácter aleatorio. También la fianza aseguradora puede considerarse aleatoria.

Hay quien duda de que los contratos gratuitos puedan ser aleatorios¹³, si bien la mayoría de la doctrina reconoce contratos aleatorios a título gratuito como la apuesta unilateral y la renta vitalicia a título gratuito (art. 1807 Cci)¹⁴.

Como en todo contrato aleatorio el riesgo es un elemento esencial del contrato, convirtiéndose en su causa. Pero se trata de un riesgo unilateral o exclusivo para el asegurador.

Pero la fianza aseguradora se aparta también del seguro por su extensión en cuanto a la incertidumbre y el azar. Así como en el seguro la cuantía del daño y la duración del siniestro suelen estar limitadas, en la fianza aseguradora puede estarlo o no (al menos directamente).

Esta aleatoriedad se pierde en el carácter moderno y técnico del seguro como contrato basado en la mutualidad¹⁵, debido a que ambas partes se obligan a prestaciones ciertas y determinadas: el asegurado con el importe exacto de su prima, y el asegurador con el límite de la suma asegurada, por lo que ambas partes saben exactamente de antemano a lo que se comprometen y el límite máximo de sus prestaciones, y, por lo tanto, del interés pecuniario de las mismas.

Desde este punto de vista podría incluso discutirse si la fianza aseguradora es un contrato más aleatorio que el seguro. En la fianza aseguradora la realización del hecho temido, normalmente, depende más de la voluntad de la persona interpuesta (que puede verse perjudicada por el incumplimiento de una obligación) que en el seguro. No parece lógico en la fianza aseguradora (como tampoco es posible en el seguro) que el fiador responda cuando el incumplimiento de la obligación se ha producido por voluntad del garantizado (dependiendo siempre de la abstracción con que se haya pactado), pero la responsabilidad del fiador-asegurador es más extensa

¹³ Cfr. SCALFI, G., «Considerazioni sui contratti aleatori», en *Riv. Dr. Civ.*, VI, núm. 2, 1960, p. 142; VALSECCHI, «Il giuoco e la scommessa», *La Transazione*, en *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXXVII, tomo 2.º, 2.ª ed., Milano, 1986, p. 38.

¹⁴ Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, «Los contratos aleatorios», en *ADC*, 1968, p. 610.

¹⁵ Cfr. BENÍTEZ DE LUGO, *ob. cit.*, p. 23 «El contrato de seguro tal y como aparece hoy regulado, si alguna vez pudo tener carácter de aleatorio al contemplar un solo contrato de seguro con un asegurador y un asegurado, tal imagen resulta hoy históricamente borrosa y de actualidad inadmisibles por haber abandonado totalmente dicho carácter, y ni teórica ni prácticamente puede ser calificado de contrato aleatorio y sí de conmutativo».

debiendo responder en los términos que se hayan pactado y si nada se pacta en contrario, en los casos de hechos fortuitos ordinarios, extraordinarios, así como en los de culpa del afianzado, tanto la culpa leve como la grave.

El criterio para diferenciar los contratos condicionales de los contratos aleatorios se centra en la función y efectos que el evento asume en ellos. En el contrato condicional es su misma eficacia lo que depende de la producción del acontecimiento en que consiste la condición, en cambio el contrato aleatorio es eficaz desde el mismo momento en que se perfecciona por el consentimiento de los contratantes, subordinándose a la verificación del acontecimiento futuro e incierto la realización o cuantía de la prestación de cada una de las partes y, en definitiva, la pérdida o ganancia que éstas han de obtener del contrato.

Desde este punto de vista, pese a los poco claros límites de unos y otros negocios ¹⁶, podría afirmarse que la fianza aseguradora es aleatoria y eficaz desde el momento en que se perfecciona, independientemente de que ocurra o no ocurra el evento.

Para una mayor precisión, concluimos diciendo que la fianza aseguradora es un contrato condicional y no una obligación condicional aislada, como puede ser el pago de la indemnización en el contrato de seguro que no es un contrato condicional, porque produce otros efectos desde su perfeccionamiento. La fianza aseguradora, en cambio no tiene más efectos reflejos que el de animar al asegurado a realizar alguna actividad o empresa, pero hasta que no produzca el evento no produce, por su carácter gratuito, otro tipo de efectos.

Por todas estas razones se puede excluir la fianza aseguradora del régimen del seguro actual, porque no presenta miméticamente sus caracteres propios.

IV. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL SEGURO

Como se ha dicho, superados los primeros pasos de la institución del seguro, en la modernidad se va concibiendo económicamente conforme a un plan de explotación, en el que se constituye

¹⁶ Algunos autores, aun admitiendo que el contrato aleatorio es, en su conjunto, puro y simple y, por tanto, no está sometido a condición, estiman que puede albergar una o varias obligaciones condicionales, ya que, siendo posible subordinar la eficacia del negocio a la realización del evento futuro e incierto, debería admitirse también la posibilidad de hacer depender del mismo la validez y eficacia de la singular obligación. Cfr., en este sentido, VON THUR, A., Tratado de las Obligaciones, tomo II, 1.ª ed., Reus, Madrid, 1934, p. 213, sostiene que la condición pactada en un contrato puede referirse a toda la relación obligatoria o a un determinado crédito, dentro de la obligación (así, por ejemplo, en un contrato de seguros no condicional, el crédito de indemnización se halla condicionado al hecho de que el daño se produzca).

una garantía recíproca entre varias economías privadas amenazadas por los mismos riesgos (principio de la homogeneidad del riesgo). El seguro requiere un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos que se organizan para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero ¹⁷.

Las legislaciones tardaron en incorporar el contrato de seguros debido a que en el Derecho romano ignoraba este contrato. Cuando esta regulación se afronta se plantean los problemas sobre qué extensión debe contemplar, si deben establecerse distinciones de régimen jurídico entre las distintas ramas, la naturaleza de las normas (imperativa o dispositiva, general o particular para cada rama). También se plantea un concepto más o menos restringido del seguro.

A finales del pasado siglo, surge la denominada *teoría de la prestación* ¹⁸, que encuentra la esencia del seguro en la prestación que el asegurador tiene que abonar el asegurado, sin preocuparse del carácter de mutualidad que finalmente ha triunfado en la institución. Para el concepto jurídico del seguro, no es esencial el dato de la explotación por una empresa aseguradora en masa, porque las relaciones jurídicas derivadas del contrato no resultan afectadas por el hecho de que el asegurador haya celebrado un solo contrato o muchos semejantes ¹⁹.

Para algunos autores americanos de principios de siglo como Riegel y Loman ²⁰, «El seguro puede definirse como una institución social por medio de la cual una persona puede cerrar contrato con otra que se compromete a correr con determinados riesgos que amenazan a la primera, a cambio de una remuneración a que se da el nombre de prima».

Esta concepción del seguro surge del mundo jurídico frente a las corrientes economicistas que tratan de monopolizar la institución concibiéndola como la relación jurídica onerosa, en que una de las partes, con el fin de ponerse a cubierto de una futura necesidad de fondos de dinero, hace que la otra, especializada en la celebración sistemática y en gran escala de estas relaciones, le prometa una prestación, la cual deberá hacer efectiva tan pronto como se

¹⁷ Cfr. MANES, A, *Teoría General del Seguro*, Logos, Madrid, 1930, p. 2.

¹⁸ Cfr. BRÄMER, *Handbuch der Wirtschaftslunde*, tomo IV, Leipzig, 1904, p. 140; KARUP, *Handbuch der Lebensversicherung*, 2.^a ed. Leipzig, 1885.

¹⁹ Cfr. GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.^a ed., Madrid, 1983, p. 19. Desde el punto de vista jurídico, no hay diferencia esencial entre el seguro y otros contratos similares que no suelen celebrarse conforme a plan, sino aisladamente (renta vitalicia, fianza); en contra, Vivante sostuvo que la empresa era concepto inherente al de contrato de seguro.

²⁰ Cfr. RIEGEL Y LOMAN, *Insurance Principles and Practice*, 3.^a ed., Nueva York. 1923.

produzca fortuitamente un suceso determinado o llegue un determinado momento²¹.

La teoría jurídica abarca una serie de actos económicos que nada tienen que ver con el seguro actual y vienen a confundirse con los contratos de garantía, en los que no se supone una distribución del riesgo entre una colectividad de personas (asegurados), ni el asegurador calcula aproximadamente la probabilidad de riesgo.

En esta fase histórica del seguro quizá hubiera sido posible un seguro entre privados sin ambiciones mutualistas; sin embargo, hoy en día una cláusula entre privados como la que se presenta es más difícil de defender como seguro.

Ya la Ley alemana de 12 de mayo de 1901, sobre empresas privadas de seguros, somete a la inspección del Estado toda clase de empresas de esta naturaleza, excluyéndose el empresario individual de seguros a causa del enorme riesgo que la explotación de este negocio implica, necesitando poner en movimiento grandes capitales y dotar a la empresa de una gran estabilidad.

En los artículos 1791 a 1797 Cci, el seguro fue concebido desde la corriente jurídica de una forma amplia, pudiendo prescindirse del carácter esencial de la mutualidad o asociación de asegurados.

El seguro civil –antes de ser derogados los arts. 1791 a 1797 Cci– se definía como «un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio, por el cual una de las partes se compromete a indemnizar a la otra de las consecuencias dañosas o perjudiciales que ciertos riesgos, procedentes de caso fortuito, a que se hallan expuestas las cosas y las personas, pueden ocasionarle, mediante un precio, prima o cantidad que la otra ha de satisfacer por dicha garantía»²².

En el Código Civil se permitía la celebración de un contrato de seguro sin reciprocidad entre los asegurados (art. 1791) y otro en el que los asegurados pueden asegurarse mutuamente (art. 1792).

Este concepto de seguro civil sólo se apartaría de la fianza aseguradora por el pago de un precio, prima o cantidad, que en esta última no es elemento esencial. En el Código Civil, que respondía a la ideología liberal, se distinguía el seguro sin reciprocidad de riesgos y el seguro mutuo (con pago de prima en ambos casos).

²¹ Cfr. HUPKA, «Der Begriff des Versicherungsvertrags», en *Ztschr. F.d.ges. Handelsrecht*, tomo LXVI, Stugart, 1910, p. 546,

²² Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho civil*, tomo IV, p. 802; CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV. Derecho de Obligaciones, Reus, Madrid, 1969, p. 650, lo definía como el contrato por el que una de las partes, el asegurador, se obliga a pagar algo (una indemnización o una suma) al asegurado o a un tercero, en el caso de que ocurra un riesgo o acontecimiento incierto a la persona o cosa que se asegura a cambio de una prima o dividendo.

En su origen vemos pues que la agrupación de los asegurados en mutualidad y el cálculo de probabilidades no eran elementos esenciales del seguro civil y tampoco lo era el elemento de empresa²³. De modo que los contratos concluidos aislada y ocasionalmente entre dos personas eran entonces válidos y propiamente contratos de seguro.

En contra, Garrigues²⁴ entendió que la esencia del seguro— cualquiera que sea su forma de explotación— es siempre la mutualidad y planteó la distinción del Código Civil entre seguro de mutuo y seguro lucrativo de modo diverso. Advirtió que si todo seguro implica una relación entre un grupo de personas sometidas a los mismos riesgos y, por tanto, todo seguro es una mutualidad, ¿por qué distinguir dos formas de explotación y llamar sólo a una de ellas «asociación de seguros mutuos»? La distinción la justifica en la forma de explotación, bien se haga con ánimo de lucro (la sociedad anónima) bien sin ánimo de lucro (la mutualidad) y califica el seguro en que no hayan mediado más que dos personas contratantes como una apuesta o un juego de azar.

En realidad, la fianza aseguradora no tiene ninguna *causa ludendi*, sino de obligación y negocio jurídico cuyo *aleas* tiene contenido patrimonial no dependiendo de un juego sino de la realización de un daño. En la fianza aseguradora puede que no exista ánimo alguno de enriquecerse o ganar, elemento fundamental en la apuesta y en el juego.

Sin embargo, la figura no se adapta bien a la apuesta o al juego de azar, porque en la que denominamos fianza aseguradora el azar no decide quién será el deudor y el acreedor, sino que los dos están fijados previamente y tan sólo es aleatoria la producción o no del hecho.

La validez de seguros civiles entre particulares parecía confirmarse con la redacción de los artículos 380 y siguiente del Código de Comercio, en los que sí se exigía, como requisito esencial, la condición de comerciante en el asegurador.

En la comparación del Código de Comercio y el Código Civil latía la idea del seguro como acto de empresa frente a la idea de un seguro como operación aislada, realizada esporádicamente por particulares no aseguradores.

Esta primera fase de la evolución del seguro es superada, y actualmente tampoco en España el seguro entre particulares es válido.

²³ Cfr. TRAVIESAS, «Sobre contrato de seguro terrestre», en *RDP*, 1933, pp. 311 ss.

²⁴ Cfr. GARRIGUES, J., *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, p. 20.

El artículo 1255 del Código Civil prohibiría un pacto o contrato de seguro entre particulares por contrariar normas imperativas.

El artículo 1 de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 16 de diciembre de 1954 declaraba que las operaciones de seguro sólo podrán realizarse por sociedades anónimas o asociaciones mutuas que se hallen constituidas legalmente.

Esta disposición supone un cambio sustancial en la forma de concebir el seguro en nuestro Ordenamiento, impidiendo el contrato aislado de seguro y considerándolo como un contrato de masa que requiere una forma de explotación recíproca.

La evolución posterior del seguro supuso el triunfo de la teoría económica y la corriente universal que se preocupa de establecer un conjunto de normas imperativas tendentes a la protección del asegurado, de las cuales se ocupa la Ley de 8 de octubre de 1980, como se hace constar en la exposición de motivos de su proyecto.

Ya no se regula el seguro aislado y siempre se exige la presencia, como elemento esencial, de la agrupación de los asegurados en mutualidad y el cálculo de probabilidades²⁵.

Se secuestra la reglamentación del seguro por el Derecho mercantil, derogándose los artículos del Código Civil que lo contemplaban defectuosamente y se impone como principio la protección del asegurado mediante normas de carácter imperativo, las cuales sólo podrán ser superadas por cláusulas contractuales cuando éstas sean más beneficiosas para aquél.

La característica esencial del seguro, desde el punto de vista económico, residiría en su mutualidad que significa la atención de uno para todos y todos para uno.

Esta asociación de organismos económicos (asociaciones de seguros mutuos, sociedades anónimas, etc.) semejante a la que forman las cooperativas, no acompaña a la que denominaremos fianza aseguradora, que generalmente tendrá carácter gratuito para una de las partes que nada tiene que aportar.

La fianza aseguradora es un contrato que se puede celebrar entre particulares, en cambio el seguro no se concibe ya fuera de la explotación de una empresa aseguradora.

Este es uno de los inconvenientes para incardinar la fianza causal en el ramo o modalidad aseguradora (recogido en la clasificación de la Orden ministerial de 29 de julio de 1982) y por tanto, en el ámbito de las diferentes normas sobre ordenación de los seguros privados, es la exigencia de la profesionalidad (art. 6 de la Ley

²⁵ Cfr. COLIN Y CAPITANT; BENITEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, vol. I, Madrid, 1955, p. 11.

de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados 30/1995, de 8 de noviembre).

El artículo 48 de esta Ley 30/1995 prevé graves sanciones para quien desarrolle actividades reservadas a las entidades aseguradoras. También el artículo 6 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, faculta a la Dirección General de Seguros para requerir a cualquier persona física o jurídica que, sin haber obtenido la preceptiva autorización, realice operaciones de seguros para que cese inmediatamente en el ejercicio de dicha actividad, y acordar la publicidad que considere necesaria para información del público.

Los dos preceptos se refieren en plural a varias operaciones, pareciendo exigir cierta continuidad y no a una operación aislada de seguro. Además no se sanciona en ninguno de los preceptos con la nulidad, sin perjuicio de que pudiera conseguirse con la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil.

Esta es otra separación importante entre ambos contratos, al exigirse que el seguro de caución tiene que estipularlo un asegurador bajo sanción de nulidad²⁶.

La Administración es lógico que no vea con buenos ojos el desvío de una actividad aseguradora fuera de sus controles, que podría defraudar las garantías públicas que cubren la actividad aseguradora (normas imperativas, inspecciones, sistema constitutivo, reaseguro, solvencia de las aseguradoras, régimen de responsabilidad, sanciones, etc.).

Con la derogación de los artículos 1791 a 1797 Cci es difícil plantear la vigencia del seguro civil en cuanto operación aislada y apartada de todo acto de empresa organizado sobre una base técnica.

Si esta conclusión es válida, ¿qué naturaleza tendrá la declaración de un particular asegurando a otro que no sufrirá ningún tipo de perjuicio en una determinada empresa?; sí el negocio es oneroso será nulo por contrariar normas imperativas.

Pero si se trata de un negocio gratuito o de mera liberalidad, no contraría en absoluto ninguna norma imperativa, ni el orden público. La fianza aseguradora que se presenta no tiene porqué contrariar los límites del artículo 1255 Cci, porque en ella no existe la

²⁶ Cfr. VICENT CHULIA, *ob. cit.*, su explotación exige cumplir los presupuestos técnicos de explotación del contrato de seguro. El asegurador no promete ni garantiza, sino que asegura. Un contrato de seguro de caución otorgado por quien no sea entidad aseguradora es nulo. Son distintos por ello tanto el régimen de su explotación empresarial como el de perfeccionamiento e interpretación, el de cumplimiento y liquidación de los deberes del acreedor garantizado y del garante (comunicación del siniestro, peritación del daño, si bien sólo necesaria en caso de seguro de caución de obligaciones de hacer).

obligación de pagar cuotas o primas haciendo imposible su identificación con el seguro.

De modo que no se podrá pactar y resucitar con plena validez el seguro sin reciprocidad, pero sí la fianza aseguradora sin onerosidad.

Si esta conclusión es exacta, y en principio la fianza aseguradora es gratuita para una de las partes, salta la duda sobre su naturaleza aseguradora o de garantía.

La fianza aseguradora se caracteriza por su similitud con los seguros (finalidad reparadora o indemnizatoria). Tiene finalidad aseguradora en función del tipo de riesgo asegurado ²⁷ y del modo en que el beneficiario está legitimado para hacer valer la garantía.

La fianza aseguradora, como el seguro, genera una obligación de indemnizar que no es consecuencia secundaria de otro contrato, ni del incumplimiento de obligaciones contractuales. Es una obligación de indemnizar que nace de un contrato concertado precisamente para eso, entre dos partes, y que sólo puede producir frente a terceros efectos reflejos, pero no derechos subjetivos.

Es similar aunque no igual al seguro civil aislado o sin mutualidad, porque no existe el pago de cuotas, ni se hace a favor de tercero. Consiste en una garantía en la que uno de los elementos que juega es el interés que el asegurado tenga en prevenirse de un posible riesgo, mediante el desplazamiento al patrimonio del garante-asegurador del daño que por el siniestro pueda sobrevenir en el patrimonio del garantizado-asegurado.

En principio todo interés se considera asegurable, si no va en contra de las buenas costumbres o implique un abuso de la idea aseguradora. Ni el seguro ni la fianza aseguradora pueden amparar, naturalmente, los daños materiales que nacen de la contravención de los preceptos del Estado ni la responsabilidad proveniente de actos dolosos.

Al igual que en el seguro, en la fianza caucional el riesgo que asume el asegurador no es el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que el garante asume las consecuencias económicamente perjudiciales para el asegurado derivadas de la conversión del riesgo en siniestro (la responsabilidad por impago de una deuda o cualquier otro).

Pero la fianza aseguradora tiene de especialidad que es gratuita y de formalización y ejecución aislada y no sucesiva o de adhesión

²⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, habla de la garantía que un tercero mantendrá los términos de una oferta contractual (*tender guarantee, Ausbietungsgarantie*); de garantía de que un tercero pagará una cantidad de dinero de la que es deudor (*Zahlungsgarantie*); de garantía del cumplimiento por un tercero de su obligación de restitución (*Auszahlungsgarantie*).

como el seguro mercantil. Se otorga por alguien que no es profesional del seguro. Pero se trata de una garantía personal que no contiene como elemento esencial el pago de una prima fija y que es asumida por quien no es una entidad aseguradora y por tanto no emite una póliza de seguro sino un contrato civil que nace del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cci).

La finalidad es similar al seguro, dado que las dos instituciones pretenden eliminar el riesgo (de insolvencia o cualquier otro) del asegurado mediante el desenvolvimiento de una función de garantía, entendida ésta en un sentido amplio.

En la fianza aseguradora que se propone se promete indemnizar frente a un riesgo que, de una manera u otra, está representado por la conducta o el cumplimiento de una obligación indemnizatoria por el fiador asegurador.

Pese a lo dicho, no siempre estará exenta de patrimonialidad porque mediante la fianza aseguradora, una de las partes asegura un resultado económico a la otra, teniendo la primera, generalmente, interés en la celebración de un negocio jurídico distinto entre el asegurado y un tercero.

Para animar al asegurado a la constitución de la relación obligatoria le ofrece la seguridad de que no va a sufrir pérdida y perjuicio alguno. El resultado se garantiza con mayor o menor independencia de cualquier suceso.

Se asemeja al seguro de crédito y caución, pero el siniestro puede consistir en una obligación incumplida y la responsabilidad que de ellos se deriva u otro tipo de siniestro, pero además de diferenciarse por la falta de prima o precio, también lo hace por la intención de quien asegura. La fianza aseguradora también es un anticuerpo del riesgo de perder un bien o derecho patrimonial y se constituye para dar seguridad contra ese riesgo. Se traslada el riesgo a otra persona que lo asume, quien se obliga a sustituir o reemplazar el valor perdido. Pero así como en el seguro de daños la reparación se realiza mediante la distribución del daño en un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo, en la fianza aseguradora es una sola persona o un grupo reducido de ellas la que sufre las consecuencias económicas de la realización del hecho del incumplimiento de la obligación (siniestro).

Al seguro que más se asimila es al de crédito y caución en el que el acreedor se asegura contra la insolvencia de sus deudores y de sus acreedores por los créditos derivados de la actividad de quien concluye el contrato con el asegurador y en este sentido también surgen, como en este tipo de seguros, problemas para distinguirlo de la fianza ordinaria.

V. DIFERENCIAS DEL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA ORDINARIA A EFECTOS DE DIFERENCIARLAS DE LA FIANZA ASEGURADORA

La doctrina ha distinguido claramente el seguro de la fianza del Código Civil. Así se dice que el seguro, en general, se presenta como principal, oneroso y aleatorio y la fianza puede ser onerosa o gratuita, accesoria y alejada de cualquier idea de aleatoriedad.

En la doctrina italiana, en cambio, se ha calificado mayoritariamente el seguro de caución como una garantía personal. Fragali²⁸ estima que no existe garantía propiamente dicha cuando se transfiere el riesgo del incumplimiento del contrato a un tercero, por medio del sistema de los seguros, porque si se considerara que, con la formalización de un seguro, nos encontramos ante un sistema de garantías, lo que existiría en realidad es una fianza prestada por tercero, el asegurador.

Las diferencias de estas dos instituciones típicas, son en algunos casos muy sutiles²⁹ y en otros muy patentes y si queremos establecer el régimen de la fianza aseguradora, debemos examinarlas.

Desde un punto de vista económico, la nota distinta con la fianza ordinaria se fija en que, en el seguro de crédito, la función principal es eliminar el riesgo de la insolvencia, en tanto que la función de facilitar el crédito es puramente accesoria. Por el contrario, la finalidad de facilitar el crédito es principal en la fianza, mientras que la eliminación del riesgo de la insolvencia es puramente instrumental respecto de aquélla³⁰.

²⁸ Cfr. FRAGALI, en *Enciclopedia del Diritto*, 1969, t. XVIII, pp. 348 y 367, contradice la opinión de Planiol que veía en la fianza retribuida un seguro de crédito.

²⁹ Cfr. EMBID IRUJO, *ob. cit.*, p. 200. Garantizar obligaciones ajenas se revela como incompatible con el funcionamiento del sinalagma del seguro; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 100: «... justo es reconocer que la instrumentación técnica del seguro está llegando a supuestos en los que palidece la valoración objetiva del daño o la incertidumbre en el sí y el cuándo del evento. Bien conocidas son en este sentido las dudas y discusiones doctrinales acerca de la fuerza o de la quiebra –según se quiera ver– del principio indemnizatorio en algunas modalidades del seguro en franco desarrollo, como sucede con el seguro de beneficio esperado, el seguro de valor convencional (póliza estimada), y especialmente en el seguro de valor a nuevo, en el que la aproximación a un seguro de amortización de bienes que se insinúa en algunos supuestos hace desaparecer prácticamente la nota de incertidumbre, y con ella, la idea de riesgo. En otros casos, como sucede con el seguro de caución contemplado ahora en el artículo 68 de nuestra ley, es muy dudosa la existencia de un daño en sentido propio, hasta el punto de que una buena parte de la doctrina viene defendiendo que, tanto por su función económica como por su finalidad práctica, se trata, más que de un contrato de seguro, de un contrato de fianza.

³⁰ Cfr. DONATI, «L'assicurazione del credito», en *Riv. Trim. Dir. E Proc. Civ.* (1935), pp. 37 y ss; MORTETTI, «Fideiussione», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino (1968), p. 63.

Esta función económica se identifica con el concepto de causa que defendemos y en ella se puede ver perfectamente la diferencia entre la fianza y el seguro de crédito y entre la fianza y la garantía aseguradora que proponemos.

La causa de la fianza es la garantía de la satisfacción del interés del acreedor, mediante la asunción de una obligación propia por el fiador para cumplir la obligación de otro subsidiaria o solidariamente si se pacta. Por el contrario, la causa de la figura en análisis y del seguro de crédito es la eliminación del daño consistente en la disminución patrimonial definitiva ocasionada por la pérdida, total o parcial, del valor de un crédito como consecuencia de la insolvencia definitiva del deudor.

Estas figuras tienen por tanto una naturaleza indemnizatoria, aunque la teoría indemnitaria tiene adeptos en la doctrina del seguro y en la doctrina de la fianza. Sin embargo, el objeto del seguro de crédito y de la fianza aseguradora puede ser el mismo o puede ser distinto. El seguro moderno puede tener naturaleza indemnitaria (el de daños) o puede consistir en pagar una determinada suma pactada. El seguro de crédito asegura al acreedor y la fianza aseguradora a cualquiera que pueda sufrir un perjuicio por lo que su objeto puede ser más extenso.

El objeto del seguro de crédito es transmitir el riesgo de un crédito irrecuperable que, frente a un tercero, corresponde a una de las partes del contrato de seguro; consiste en una obligación de resarcimiento por el incumplimiento de una obligación ajena.

En cambio, el objeto de la fianza aseguradora es más extenso y rígido, asumiendo el fiador todos los daños, pudiendo incluso verse privado de repercutirlos si así se pacta; ni siquiera reembolsarlos de quien ha sido causante del incumplimiento y del daño del asegurado, aunque generalmente debe presumirse el reembolso, bien porque se pacte o bien para evitar los supuestos de enriquecimiento sin causa.

Quien asegura que reparará todos los perjuicios que se deriven del incumplimiento de una obligación asume un riesgo mucho mayor que el del seguro ya que soportará todos los daños que de ello se derive, salvo aquéllos que sean producto del fraude o de mala fe.

La amplitud de la fianza aseguradora sería similar a la de un seguro, sin embargo entendemos que el verdadero sentido entre particulares será su aplicación como garantía de las obligaciones. Con esta figura pretenden resarcirse las consecuencias de la falta de pago de un crédito por incumplimiento del deudor, así como los que se derivan para una persona por constituirse o resultar deudora

en una actividad o empresa en la que se le ha animado a participar, garantizándola que no va a sufrir ningún tipo de perjuicio. Se constituye pues para responder de los perjuicios que se derivan no sólo frente al acreedor, sino también frente a quien pueda resultar deudor o perjudicado (seguro de caución) por el riesgo previsto en este caso que será el incumplimiento de una obligación.

En ella no se distinguen como en el seguro, las razones del incumplimiento –mero incumplimiento del deudor en sus obligaciones legales o contractuales (seguro de caución, art. 68 LCS³¹) o insolvencia (seguro de crédito, art. 69 LCS³²)– sino que todo perjuicio o daño para el fiado está protegido y debe ser reparado e indemnizado por el fiador. Sin embargo, el daño estará generalmente representado por las consecuencias de no cumplir una obligación (*id quod interest*).

Pese a esta amplitud de contenidos, la que hemos denominado aquí fianza aseguradora, queremos perfilarla aún más, dejando abierto el resto de posibilidades para futuros análisis. En concreto creemos que la genuina fianza aseguradora no se garantiza nunca a un tercero por lo que nunca tiene naturaleza intercesoria, sino que se garantiza de forma bilateral y consensuada a una persona a la que hemos animado a entrar en una relación jurídica, actividad o empresa y que, a consecuencia de ello, puede resultar deudora en una obligación.

Cierto que podría garantizarse también al acreedor como en la fianza onerosa (1823 del Código Civil) o como en el seguro de caución. Pero así como en la fianza y en el seguro de caución se asegura al acreedor aunque el tomador del seguro pueda ser el deudor, en la fianza aseguradora no se garantiza a un tercero, ni tiene naturaleza intercesoria, sino que se garantiza exclusivamente al que pueda resultar deudor o perjudicado de algún modo.

De este modo queda establecido el contorno de la fianza aseguradora a la que nos referimos en este trabajo.

El fiador, en este caso, no utiliza la ley de los grandes números para calcular la frecuencia con que se producen los siniestros ni tampoco es requisito esencial de la fianza aseguradora la existencia de prima que se calcula según la probabilidad estadística. No hay

³¹ Artículo 68: «Por el seguro de caución, el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador debe serle reembolsado por el tomador del seguro».

³² Artículo 69: «Por el seguro de crédito, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores».

tampoco en la fianza aseguradora, salvo que se pacte, una agrupación de riesgos de análoga naturaleza.

En la fianza aseguradora se asegura sin pagar prima, consiguiendo resultados parecidos a los de la fianza gratuita. Además, no cabe organizar un seguro en que uno de los miembros de la organización o relación jurídica no aporte nada.

La nota de la mutualidad para la satisfacción de necesidades de dinero predica ya el carácter oneroso del seguro. En cambio en la fianza aseguradora ni hay mutualidad ni existe onerosidad entendida como el pago de una cuota o prima. Ni siquiera se identifica la fianza aseguradora con las expresiones de «seguro gratis» o «pólizas gratis» utilizadas en los grandes almacenes, en las que el vendedor incluye la prima de algún modo en el precio de la mercancía, o consigue de este modo aumentar su venta, logrando mayores ganancias y cubriendo con una parte de ellas los gastos del seguro.

De todos modos no podemos decir que el fiador asegurador en la figura en estudio no saque nunca ningún provecho, sino que en la mayoría de los casos la presencia del asegurado en la empresa o actividad que le asegura de algún modo interesará al asegurador salvo que lo haga por pura beneficencia.

De cualquier forma lo cierto es que los recursos necesarios para hacer frente al riesgo no salen en la fianza aseguradora de un conjunto de aportaciones de varios asegurados, sino exclusivamente del patrimonio del fiador asegurador.

En este aspecto recuerda también la fianza aseguradora a un juego de azar, aunque en principio falte para el asegurador la existencia de un premio aunque puede estar enmascarado.

La denominación de fianza aseguradora trae su razón de ser en que la figura también se asemeja a la fianza civil, debido a que quien asegura tiene intención de afianzar padeciendo las consecuencias de un seguro. Quien formaliza una fianza aseguradora lo hace siempre aisladamente, para una operación muy concreta, y estableciendo o tasando el daño que aleatoriamente pueda producirse en el futuro. Su vocación y causa es la de un fiador (algún interés tiene) que se convierte en asegurador, pero no propia y directamente del acreedor (que puede resultar beneficiado), sino del que puede resultar deudor de una obligación y sólo frente a él.

La afinidad de la fianza aseguradora con la fianza ordinaria viene de la mano de la gratuidad de ambas, sin perjuicio de que esté admitida en nuestro Ordenamiento la fianza onerosa que nunca coincidiría con el concepto de fianza aseguradora.

En la otra parte de la relación de fianza aseguradora se encuentra el deudor de una obligación principal, que es animado a ella por

el que dice ser su fiador. Aquél desea prevenir, como en el seguro de daños, el posible riesgo futuro que amenace su patrimonio. Desde este punto de vista podría decirse que tiene más naturaleza asegurativa que el propio seguro de crédito³³.

La fianza aseguradora puede ser muy extensa y no sólo constituirse para proteger al titular de un determinado derecho subjetivo de crédito ante un hipotético daño patrimonial, para garantizar un resultado económico, como la fianza. Pero habiéndola delimitado al riesgo derivado del incumplimiento de una obligación principal y no a cualquier otro peligro fortuito, no tiene propiamente carácter intercesorio, sino directo con el asegurado. Tampoco goza de la relación estructural a que se someten los distintos negocios de garantía, cuya característica estructural se basa en la constitución de una «relación jurídica triangular», en la que intervienen el acreedor, el deudor y el garante³⁴.

Para separarla de otras garantías, la fianza aseguradora se presenta con los tintes de un seguro y, por tanto, como una obligación indemnitaria.

Ante las limitaciones de orden público que plantea la nueva regulación de los seguros, y la amplitud del concepto de garantía, surgen dudas sobre el encaje que pudiera tener la figura descrita.

VI. DIFERENCIAS DE LA FIANZA ASEGURADORA CON EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA

El seguro de caución en origen vino a solventar los inconvenientes de la caución real identificada como prenda irregular³⁵, en la que el deudor entrega cosas muebles en función únicamente de su cantidad, sin haber sido individualizadas o especificadas y el acreedor, en realidad, las hace suyas, viniendo obligado a restituir

³³ Cfr. GARRIGUES, J., *Contrato de Seguro Terrestre*, Madrid, 1982, p. 325, la mayoría de los Códigos y leyes especiales del entorno europeo ignoran este seguro. La Ley alemana de 1908 se contenta con mencionar este seguro para declarar que no queda sometida a las restricciones de la libertad contractual que afectan a los demás seguros (art. 187) y la Exposición de Motivos de la Ley francesa de 1930 explica las razones que tuvo en cuenta el legislador para omitir su reglamentación en la ley, y que, a su juicio, justifican la declaración excluyente rotunda que contiene el artículo 1.º «Las operaciones de seguro de crédito no están regidas por los títulos mencionados en el primer párrafo». Por tanto quedará regido por las normas de Derecho mercantil y Derecho civil común.

³⁴ Cfr. BÄR, «Zum Rechtsbegriff der garantie, insbesondere im Bankgeschäft», en *Inaug. Diss.*, Zürich 1963, p. 4.

³⁵ Cfr. la sentencia del TS (sala 1.ª) de 27 de diciembre de 1985 que niega el carácter real de la prenda irregular al establecer que no gozan de la preferencia establecida en el número 2 del artículo 1922 del Código Civil.

el *tantundem* (otro tanto de la misma especie y calidad) en caso de que el deudor cumpla la obligación para cuya adecuada ejecución se constituyó la caución.

La práctica del seguro de caución se remonta al período del seguro de crédito en la primera mitad del siglo XIX. En 1840 se constituyó en Inglaterra la *Guarantee's Society of London*, que lanzó tres tipos de póliza de seguro de caución: la póliza individual de garantía contra el riesgo de infidelidad de los empleados; la póliza individual suscrita por los funcionarios públicos, o tutores, como garantía de su gestión patrimonial, y la póliza suscrita por los concesionarios de obras públicas a favor del Estado, en sustitución de las cauciones reales³⁶.

El seguro de caución adquiere carta de naturaleza en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, que no ha sido afectado por las reformas de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984 y la última mediante Ley 30/1995, de 8 de noviembre: «*Por el Seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*»³⁷.

La jurisprudencia en general ha definido el contrato de seguro de daños como aquel en que uno de los elementos que juega es el interés que el asegurado tenga en prevenirse de un posible riesgo en la cosa asegurada, mediante el desplazamiento al patrimonio del asegurador del daño que por el siniestro pueda sobrevenir en el patrimonio del asegurado.

Al igual que en el seguro, en la fianza caucional el riesgo que asume el asegurador no es el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que el garante asume las consecuencias económicamente perjudiciales para el asegurado derivadas de la conversión del riesgo en siniestro (en nuestro caso impago).

En el seguro de caución de obligaciones dinerarias no parece que existan diferencias con otras garantías en punto a la cuantía de la indemnización y en punto a la subrogación, ya que la acción de subrogación general de los seguros de daños del artículo 43 LCS

³⁶ Cfr. KONDER COMPARATO, F., *O seguro de credito*, Sao Paulo, 1968, p. 88; SACERDOTI, *Aspetti delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano*, ASS. I, 1956, p. 278.

³⁷ Cfr. OLIVENCIA, M., «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en ERDERA, E. (ed.), *Comentarios a la ley del contrato de seguro*, I, Madrid 1982, pp. 875 y ss., y en TIRADO SUÁREZ, F. J., *Ley del contrato de seguro*,

aparece sustituida en el artículo 68 LCS por la acción de reembolso contra el tomador-deudor por el importe de la deuda satisfecha por el asegurador más intereses y gastos³⁸.

La diferencia de nuestra fianza ya la hemos apuntado antes. En el seguro de caución se asegura al acreedor aunque el tomador del seguro sea el deudor; en cambio, en la fianza aseguradora no se garantiza a un tercero, ni tiene naturaleza intercesoria, sino que se garantiza exclusivamente al que pueda resultar deudor o perjudicado de algún modo.

VII. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON LOS NEGOCIOS INTERCESORIOS, DE GARANTÍA Y CON LA FIANZA CIVIL ORDINARIA

Garantizar es asegurar a otra persona un resultado económico, si éste no llegara a producirse como consecuencia de ciertos hechos, actividades o contratos³⁹.

Las garantías de la obligación tienen la función de ampliar las posibilidades del acreedor para ver satisfecho su crédito, especialmente en los casos en que el patrimonio del deudor no resulta suficiente (art. 1911 Cci). Bien confiriendo al acreedor un derecho subjetivo que le atribuye un poder directo e inmediato sobre un bien determinado, cuya titularidad corresponde al deudor o a un tercero (1857 y ss. del Cci), o bien atribuyendo al acreedor la posibilidad de que, respecto de la prestación comprometida, responda no sólo el patrimonio del deudor, sino también otros patrimonios (1822 Cci).

³⁸ Cfr. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., II, Barcelona, pp. 277 a 287, II, pp. 497 y 567-570, destacando que el legislador al admitir este ramo de seguro en concurrencia con las garantías bancarias ha obrado con un criterio de oportunidad, ya que la entidad aseguradora garantiza financieramente la prestación asegurada mediante el cálculo actuarial; TIRADO SÁNCHEZ, *Seguro de caución*, en García Villaverde (director) *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 809 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones*, 17 ed., 1994, II, p. 405.

Las STS de 7 de abril y 5 de junio de 1992 (Arzdí. 3031 y 5002) han rechazado expresamente la aplicación al seguro de caución de las normas de la fianza.

Algunos autores en cambio siguen insistiendo en que entre el seguro de caución y la fianza existe una sustancial coincidencia Cfr. EMBID IRUJO, *El seguro de caución: Régimen jurídico*, «LL» núm. 1950, 1986 y *el seguro de caución como garantía en «Nuevas entidades ...»*, cit, pp. 697 y ss, y CAMACHO DE LOS RÍOS, *Las garantías prestadas por la compañía de seguros de caución*, tesis doctoral, Granada, 1993, Madrid, Mapfre, 1994; y BARRES BENLLOCH, *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, en colección «Jurisprudencia práctica», núm. 53, Madrid, 1993.

³⁹ Cfr. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo 23, Madrid, 1990, p. 7. La garantía consiste para este autor en la función de aumentar objetivamente la seguridad que un determinado acreedor obtiene de que su interés resultará satisfecho; VON THUR, *Derecho civil*, trad. esp., México, 1949, p. 303.

La pandectística alemana acuñó el concepto general de *Interzession*, refiriéndose a los negocios jurídicos en que un tercero intercede o aparece de alguna manera en el mismo, dejando el término *Garantie* para calificar a uno de los diversos negocios jurídicos de intercesión subsumibles en la categoría general⁴⁰.

En el Ordenamiento jurídico español sólo se utiliza didácticamente el supraconcepto de los «negocios jurídicos de garantía» para referirse a la realidad consistente en que un tercero intercede en la relación obligatoria existente entre acreedor y deudor, reforzando el derecho subjetivo que faculta al acreedor para satisfacer un determinado interés.

Por negocio de garantía entendemos una disposición de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o yuxtaposición la que refuerza al acreedor de que su derecho será satisfecho.

En principio y desde un punto de vista muy general, todo lo que amplía el ámbito de poder jurídico del acreedor debe considerarse garantía⁴¹ y si la fianza aseguradora tuviese por objeto cumplir las obligaciones que tenga que atender el asegurado, en cuanto refuerzo, sería una garantía personal del acreedor.

Sin embargo, la genuina fianza aseguradora que hemos perfilado no se constituye frente al acreedor y como quiera que la garantía se considera desde el punto de vista jurídico como un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que son concedidos al acreedor y simultáneamente se constituye como una nueva obligación del fiador, la fianza aseguradora no es tampoco propiamente una garantía. Quien constituye a favor de alguien una fianza aseguradora lo hace sólo frente a un asegurado que puede resultar perjudicado por no poder cumplir una obligación.

Su constitución a favor del deudor beneficiará indirectamente al acreedor de este deudor. Generalmente, quien asegura el resultado tiene interés en la celebración de un contrato cuyas consecuencias para el acreedor se presentan dudosas, estimulándole a su conclusión mediante el incentivo que supone la seguridad de obtención de concretos beneficios.

⁴⁰ Cfr. MUDGAN, *Die Gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, Berlín, 1899, p. 367. En el Derecho romano en cambio se utilizaba el término intercesión como una asunción de deuda ajena, conceptualmente diferenciada de las denominadas *promissiones indemnitalis*; vid. STAMMLER, «Der Garantievertrag», en AcP, 1886, pp. 52 y 57.

⁴¹ Cfr. DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1972, p. 571.

La función de garantía es por sí misma eminentemente abstracta⁴², y en términos generales la fianza aseguradora parece tener suficiente justificación para ser amparada por el Ordenamiento jurídico. Quien garantiza personalmente lo hace movido por una intención que puede ser muy variada que va desde la mera liberalidad a la obtención de algún beneficio o ventaja e incluso quiera beneficiar a un acreedor que sin la fianza aseguradora no podría constituir la obligación por falta de ánimo de quien puede resultar deudor.

1. El marco de las garantías personales

De lo que ha quedado expresado ya podemos deducir que la fianza aseguradora tampoco coincide en su estructura con la fianza civil ordinaria. Sin embargo, por su similitud debemos referirnos a la categoría de las garantías personales (cualquiera que sea su origen), abanderadas por antonomasia desde la Codificación española por la fianza regulada en el Código Civil (art. 1823 Cci).

2. Diferencias y similitudes con la fianza ordinaria del Código Civil

La fianza del Código Civil se presenta como la madre de todas las garantías personales, tratando de extender su influencia, con mayor o menor intensidad, a todos sus hijos.

Sobre la fianza se ha construido gran parte del esquema legal de toda clase de garantías para justificar como dogmas la expansión de sus características (accesoriedad, subsidiariedad) al resto de garantías personales; hasta tal punto de que la palabra fianza se utiliza como sinónimo de garantía (491 Cci)⁴³.

Pero a la fianza aseguradora no le afecta lo que se ha predicado como inherente a las garantías; su carácter subordinado y accesorio a la obligación principal (1212, 1528, 1824 Cci), dependiendo su existencia y subsistencia del derecho principal.

⁴² La garantía es un concepto eminentemente abstracto (*abstrakter Begriff*); BERGSTRÖM/SCHULZTSZ/KÄSER, *Garantieverträge im Handelsverkehr*, Frankfurt a. M. 1972, p. 8. El concepto abstracto lo utilizamos aquí en las garantías personales en el sentido de que no necesitarían una contrapartida o contraprestación de la otra parte para ser negocios causales. No lo utilizamos en el sentido de que dependan de una obligación principal.

⁴³ Cfr. DUQUE, *Las cartas de patrocinio, en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero* (1990), p. 730. Así, el Diccionario de la Real Academia Española dice que garantía es el efecto de afianzar lo estipulado, considerando también este término como sinónimo de fianza y prenda.

Se señala como característica de la fianza la de ser subsidiaria respecto de la obligación garantizada. En la doctrina española se ha generalizado la idea de configurar la situación del fiador como la de un deudor subsidiario de la misma obligación existente entre el acreedor y el deudor. De forma que existiría una obligación con dos deudores, de los cuales uno es deudor principal y el otro es deudor subsidiario⁴⁴.

Esta tradición nos ha venido convenciendo de que la fianza, y por extensión la garantía en general, tienen un carácter auxiliar y no tienen fin en sí mismas. De aquí se concluye que la obligación del fiador no puede nacer ni subsistir sin el fundamento de otra obligación válida, que su contenido no excederá del que corresponda a ésta, que no habrá de ser contraída en condiciones más gravosas y que con la principal se transmite y extingue (1824, 1826, 1828, 1847, 1212)⁴⁵.

No puede negarse que este principio tiene muy importantes excepciones. Tanto de la accesoriedad como de la abstracción, en todos los ordenamientos, se utilizan los conceptos con distintos significados y se establecen grados más o menos extensos⁴⁶. Esto provoca muchas confusiones, ya que se abren muchas posibilidades. Por ejemplo, podemos hablar de una fianza autónoma desde el punto de vista sustancial (arts. 1824 y 1826 Cci) que sea accesoría desde la perspectiva de la cesión del crédito del acreedor (1528 Cci).

El que interesa a los efectos de la fianza aseguradora es el vínculo que condiciona su existencia (arts. 1824 y 1827 Cci) y su consistencia (art. 1826 Cci).

La accesoriedad sustantiva de la fianza elevada a la categoría de dogma es demasiado absoluto incluso para la fianza del Código

⁴⁴ Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, el fiador toma sobre sí el cumplimiento de la obligación principal, sin producir novación; DE DIEGO, el fiador se obliga al cumplimiento de la obligación principal subsidiariamente, es decir, cuando el deudor o el fiador anterior no la cumplen; CASTAN, el fiador asume el compromiso de cumplir la obligación, si no lo hace el deudor principal; FRAGALI entiende que la accesoriedad no es una simple cualidad natural en el sentido de considerarla como un efecto jurídico de posible derogación.

⁴⁵ Cfr. BO, *Contributo alla dottrina dell' o bbligazione fideiussoria*, Milán, 1934, p. 45.

⁴⁶ Con muy buen criterio, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 131, distingue las siguientes acepciones del término accesoriedad: El concepto histórico de accesoriedad carecía de connotación técnica; la fianza era «accesoria» porque accedía o se sumaba a otra obligación de por sí existente. Una segunda acepción no técnica del término pasa por su consideración nominal: «accesoria» es la fianza porque supone la existencia de otra obligación. La fianza es accesoría en un tercer sentido, admitido como tal en el CC, a saber, la fianza, como activo patrimonial es un crédito (cosa) accesorio de otro activo patrimonial (otro crédito), lo que explicaría los artículos 1212 y 1528. Y por fin, accesoriedad hace igualmente referencia al modo en que se ordenan las diversas obligaciones que pesan sobre el deudor principal, y que, por lo mismo, se extienden al fiador; nos referimos a los accesorios del artículo 1827-II, como obligación secundaria a la que se extiende la fianza simple.

Civil ⁴⁷ y con mayor justificación desmedido para otro tipo de garantías.

Esta afirmación no contradice su función auxiliar en beneficio de otro negocio, que origina consecuencias prácticas importantes.

Frente a la corriente tradicional ha reaccionado la doctrina moderna refiriéndose a la fianza, distinguiendo en ella dos obligaciones o, si se prefiere, dos relaciones obligatorias: la obligación garantizada, que es la que existe entre el acreedor y deudor, y la obligación de garantía, llamada a veces obligación fidusoria, que es una obligación entre fiador y acreedor, creada con función de garantía, pero que es obligación diferente ⁴⁸. Esta corriente señala que la relación existente entre fiador y acreedor se encuentra formada por remisión respecto de la obligación del deudor al fiador.

Como bien observa DÍEZ PICAZO ⁴⁹, la discusión no tiene un alcance meramente teórico y presenta algunas repercusiones de orden práctico, como es, en especial, la posibilidad de construir, en nuestro Derecho positivo, huérfano de regulación legal, garantías distintas de la fianza típica del Código Civil, que depende en buena parte de la respuesta que al problema ahora planteado se dé.

Es verdad que la fianza legalmente pensada atribuye al acreedor de la relación jurídica principal un nuevo derecho de crédito frente a otras personas con un contenido patrimonial idéntico al que continúa ostentando frente a su deudor en virtud de aquella relación. Es, por tanto, una nueva relación obligatoria creada y organizada en función de refuerzo y garantía de la obligación principal.

En cambio, la fianza aseguradora a favor de un posible deudor es bien distinta, ya que no hace nacer un nuevo crédito a favor del acreedor, sino que supone un sólido abrigo para el que pueda resultar perjudicado por ser obligado a cumplir una obligación o pago.

Es cierto que la fianza del Código Civil está concebida para cumplir una función o servicio a la obligación principal. Pero incluso el Código, en los artículos 1822 y 1826, no contradice la existencia de otras fianzas (solidarias, de obligaciones futuras, de obligaciones anulables, etc.) ni la complejidad de las relaciones que se establecen (acreedor, deudor, fiador).

Para Díez Picazo la fianza no absorbe la totalidad de las posibilidades de las llamadas garantías personales y que es una más den-

⁴⁷ Cfr. Cfr. COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, trad. Esp. Mexico, 1949, p. 303; MESSINEO, *Manuale*, II-2, p. 136; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 19, entienden que el concepto de accesoriidad no ofrece un gran valor dogmático al dar lugar a una categoría carente de relieve jurídico sustancial por ser excesivamente lata e indeterminada.

⁴⁸ Cfr. CASANOVAS, *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.

⁴⁹ DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 414 y 417.

tro de ellas. Cree, además, que puede sostenerse la idea de que la regulación de la fianza en el Código Civil opera, en cierta medida, como una suerte de Derecho común de las garantías personales, que no impide, naturalmente, otros tipos u otras construcciones, pero que dota a estas últimas, cuando aparezcan, de una cierta excepcionalidad.

Que la fianza no es el centro controlador de toda garantía personal se justifica en el reconocimiento legal de otras garantías de la misma naturaleza, que obedecen a esquemas distintos, como el aval cambiario (garantía abstracta de la letra de cambio), la pena convencional (que asume el propio deudor y que se considera accesoria en algunos principios y abstracta en otros), el aval en sentido amplio, el derecho de retención (que afecta a cosas concretas y se discute su carácter real), las arras (en cuya constitución tampoco intervienen personas distintas a las partes de la obligación). Contiguas a las más tradicionales en el ámbito de las garantías personales en que nos movemos, tratan de abrirse nuevas garantías personales atípicas, como las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias, el seguro de caución, cartas de *confort*, las cartas de patrocinio, pago a primer requerimiento, la fianza abstracta, la fianza *omnibus*, el mandato de crédito, la adhesión de deuda, la asunción de cumplimiento (o asunción de deuda), la promesa del hecho de un tercero, el aval en sentido amplio, etc.

3. Los negocios jurídicos intercesorios de garantía

Ennecerus definía la intercesión como la asunción de una obligación por otro mediante negocio jurídico con el acreedor⁵⁰.

La definición aparta a la fianza aseguradora que ha quedado precisada (negocio principal e independiente) de los negocios intercesorios, al no tener ésta en principio ninguna relación de dependencia con otra relación jurídica, estando pendiente de que se produzca o no un determinado acontecimiento, que consiste en el incumplimiento de otra obligación.

Las legislaciones tardaron en incorporar el contrato de seguros debido a que el Derecho romano ignoraba este contrato. En este Derecho histórico la forma promisoria consistía en una pregunta solemne hecha por el estipulante a otra persona que responde congruentemente y queda obligada por su promesa. Aunque el acto mismo de la estipulación sea convencional, la obligación es unila-

⁵⁰ Cfr. ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, trad. Esp., II, 1, p. 407.

teral y abstracta, por cuanto quien la hace valer no necesita probar la causa de la promesa.

En esta forma de crear obligaciones del Derecho romano nos interesa destacar algunas figuras con fines de garantía con caracteres perfectamente diferenciados.

Los términos *intercedere e intercessio* indican, desde un punto de vista general, la asunción de una garantía. En tal sentido, tanto las garantías personales propiamente dichas, cuanto la novación personal tendente a sustituir el deudor antiguo por otro nuevo —*expromissio*— y la sujeción obligatoria de los deudores solidarios —obligación *in solidum*—, constituyen modalidades de la *intercessio*.

Pero la incorporación de estas figuras u otras como la asunción acumulativa de deudas a nuestro Ordenamiento, en cuanto negocio jurídico que goza de la doble naturaleza de negocio jurídico de intercesión y garantía, no parece que puedan ser utilizados como apoyo doctrinal y jurisprudencial para abrir brecha a la fianza aseguradora.

Debido a su carácter principal e independiente, no tiene la fianza aseguradora ningún atisbo de negocio intercesorio al no responder el fiador asegurador frente a un tercero, sino que sólo lo hace frente al fiado asegurado⁵¹ si resulta deudor.

Ninguna de ellas se parece a la fianza aseguradora en la que se establece una obligación independiente entre el fiador asegurador y el asegurado, en el sentido de que éste no debe sufrir ningún perjuicio⁵².

⁵¹ La responsabilidad del fiador se manifiesta en forma muy variada a lo largo de la historia del Derecho romano. En la época republicano-clásica se conocen tres formas de fianza verbal: la *sponsio*, la *fidepromissio* y la *fideiussio*. En la etapa justineana sólo existe la *fideiussio* que acumula a las otras dos.

El *fideiussor* responde de todo cuanto puede reclamarse al deudor principal —*idem debitum*—. En ningún caso puede obligarse a más que el deudor principal, aunque sí a menos —*in levioerem causam*—. La *fideiussio* se diferenciaba de la *adpromissio*. En este Ordenamiento romano, en el que todo lo que modificaba la obligación lo consideraba motivo de su extinción, se permitieron sin embargo estas figuras de refuerzo que mantienen la presencia de la obligación primitiva. Toda modificación esencial se traducía en una novación, que suponía la extinción de la deuda existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta que ocupaba el lugar de aquélla. El carácter personal de los vínculos obligacionales se consideraba *intuitu personae*. Presumiendo que para el acreedor no es indiferente tener un deudor más solvente y honrado que otro, y tampoco para el deudor es indiferente tener un acreedor más compasivo, menos riguroso que otro.

A los efectos de lo que estamos tratando es muy importante conocer que mediante la *adpromissio* (sólo utilizable en las promesas estipulatorias) se crea un nuevo deudor de lo mismo. El adpromisor prometía lo mismo que prometió el deudor principal («*id quod Titius promisit*»). El efecto novatorio de la expromisión (que analizaremos después y que consistía en que el antiguo deudor se sustituía por otro nuevo) no se produce en la adpromisión gracias a una distinción formal: el nuevo deudor no promete «lo mismo que se debe», sino «la misma promesa». La *adpromissio* constituía una obligación de garantía por medio de la cual un tercero, denominado *adpromissor*, promete lo mismo que había prometido el deudor principal.

⁵² En la *fideiussio* el fiador prometía el mismo objeto que debía el deudor principal («*id quod Titius debet*») para todo tipo de obligaciones. La *fideiussio* es muy similar a la *adpromissio* pero más ventajosa. No es propiamente una promesa sino una autorización o aval por la propia lealtad y nunca podía ser más gravosa que la obligación principal. Se pro-

Las fórmulas intercisorias no encajan absolutamente con la garantía en estudio, ya que se pueden contraer frente al deudor o frente al acreedor, nos muestran posibles construcciones de garantía en cierto modo abstractas, en las que el garante puede, además, obligarse a cosa distinta que la debida por el deudor principal, o puede obligarse en condiciones más onerosas ⁵³. En cambio, en la fianza aseguradora el fiador sólo se obliga frente al que pueda resultar perjudicado de una relación, actividad o empresa.

En el Derecho alemán tradicionalmente se reconoce una promesa de cumplimiento (fianza, *ad promissio*), en la que el fiador se subroga en la obligación principal, y se la diferencia del *contrato autónomo de garantía*.

En el primero se obliga a la consecución del cumplimiento y en el segundo a la indemnización resultante del no cumplimiento ⁵⁴, pero siempre con ánimo de intercesión frente a un tercero que no se presenta con vinculaciones jurídicas en la fianza aseguradora. La fianza y la adpromisión se diferencian en que el fiador, más que obligarse para con el deudor, puede decirse que se obliga o asume una obligación por otro mediante negocio jurídico con el acreedor (1822 Cci). Incluso, aunque no es extraño que el promitente (fiador) se obligue con ambos a la vez o solamente frente al deudor, debe decirse que los efectos favorables o el interés de la constitución de toda garantía redundan en beneficio del acreedor ⁵⁵.

Por el contrario la causa en la fianza aseguradora estriba en reparar el perjuicio por haber resultado obligado a pagar.

En nuestro Ordenamiento también es difícil distinguir las figuras de intercesión y modificación de la relación obligatoria (delegación, expromisión, asunción de deudas), de los negocios jurídicos de garantía, ya que, en definitiva, las primeras consiguen también reforzar el crédito.

En la fianza ordinaria la fuente de la obligación está en la voluntad del deudor de satisfacer el interés del acreedor manifestada en

mete el mismo objeto que debe el deudor principal, pero el efecto novatorio no se produce, porque la promesa no es propiamente estipulatoria. Dentro de ésta, destacan las *promissiones indemnitatis* en las que el declarante promete, igual que el obligado principal, cumplir la obligación principal mediante una prestación del interés (*id quod interest*). Mediante este pacto el acreedor se reservaba la facultad de dirigirse contra el fiador para recuperar aquello que no se pudiera conseguir del deudor principal.

⁵³ Actualmente la doctrina francesa admite la existencia del pacto de *constitutum* como contrato autónomo, por el que un tercero se obliga de modo principal a pagar una deuda ajena, sin sujeción al principio de que el garante no puede obligarse a más que el deudor principal. Cfr. SIMLER, *Cautionnement*, fasc. A, núms. 28, 29.

⁵⁴ Otros Códigos como el suizo y/o el mejicano reglamentan la asunción de deuda.

⁵⁵ Con motivo de la aplicación de la fianza a primer requerimiento ya se ha planteado el traslado de estas instituciones del Derecho alemán al Ordenamiento jurídico español.

el contrato. Con ella se pretende sustituir la obligación del deudor de la mejor forma posible para satisfacer el interés del acreedor, *in natura* o por equivalencia⁵⁶, en cambio en la fianza aseguradora se termina con cubrir el interés del garantizado.

El Derecho alemán ha tenido el mérito de adaptar las clásicas figuras romanas a las necesidades actuales. Así ha reconsiderado la promesa de cumplimiento en su conjunto (expromisión) sin diferenciar los distintos tipos de refuerzo de la obligación principal y sin los efectos extintivos que la caracterizaron en el Derecho romano.

Lo que sucede es que dicha promesa se configura de forma distinta para la fianza que para el contrato de garantía autónoma. En el Derecho alemán se identifica la fianza con la promesa de cumplimiento (sin efectos extintivos) y se rechaza la idea para la garantía autónoma (pago a primer requerimiento) porque en la fianza, como en la adpromisión, la iniciativa parte del nuevo deudor y del acreedor, sin que sea tenido en cuenta el deudor antiguo que puede incluso desconocer el refuerzo. La adpromisión exige siempre la aceptación de la promesa por el acreedor.

Contrariamente al Derecho español, el Código Civil alemán (parágrafos 414 y ss)⁵⁷, regula –sin que se extinga la obligación antigua– la asunción de deuda *liberatoria* de carácter abstracto que hace que el tercero libere al deudor (extinguendo la obligación primitiva o no) y a su lado, la asunción de deuda *cumulativa* cuando el acreedor adquiere el derecho contra el nuevo deudor pero conservando al mismo tiempo el que tenía contra el acreedor primitivo⁵⁸.

Carrasco Perera⁵⁹ habla de una asunción relativa al deudor o intercesión a favor del deudor en la que se asume una deuda propia en consideración o contemplación de una determinada obligación ajena. Se trata de un refuerzo de la obligación que beneficia al deudor porque no habrá derecho de subrogación y también al acreedor que verá satisfecho su crédito.

En esta asunción puede encontrar resquicio la fianza aseguradora, porque no se hace frente al acreedor ni éste tiene que aceptarla, aún cuando cubra el riesgo del incumplimiento de una obligación, en cuanto promesa hecha frente al deudor de que no sufrirá ningún perjuicio.

⁵⁶ En las obligaciones pecuniarias se puede ver perfectamente, por qué el fiador paga (salvo que se haya obligado a menos) la cantidad de dinero que deba el deudor. Concretamente el artículo 37 de la LCCh con relación al aval de la letra de cambio se pronuncia en el sentido de que: «*El avalista responde de igual manera que el avalado*».

⁵⁷ Estos preceptos recogen la doctrina de Delbruck y Windscheid.

⁵⁸ Cfr. OERTMANN, *Transmisión de obligaciones*, en RDP (1923), pp. 99 ss.

⁵⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, *últ. ob. cit.*, p. 65.

El fiador asegurador no asume la misma cualidad de deudor, pero asume la obligación de satisfacer los perjuicios del deudor, que generalmente coinciden con las reclamaciones que a éste le haga el acreedor, en virtud de un título distinto al suyo, en este caso con tintes de seguro. En definitiva, y en términos abstractos, es garantía porque el acreedor encuentra un nuevo patrimonio del que se va a cobrar su deudor aumentando su patrimonio.

En el tiempo inmediatamente anterior a la Codificación eran conocidas tres formas de intercesión cumulativa para garantía de deuda ajena: el *fideiussor* que se caracteriza porque éste asume la deuda ajena, sin fundar una nueva obligación, extendiendo a sí mismo la vinculación debitoria del deudor principal. *El constitutum debiti alieni*⁶⁰ mediante el cual el garante asume una nueva obligación cuyo contenido es el cumplimiento de una deuda ajena, haciéndose deudor solidario con el obligado principal⁶¹. El *mandatum cualificatum* en el que el garante no se obliga a cumplir la obligación ajena, sino que indemnizará al acreedor por el daño que se le siga por el incumplimiento de la obligación principal⁶².

Ninguna sirve propiamente para la fianza aseguradora al considerarse como fianzas para los iusnaturalistas⁶³. Pero no hay motivo para negar la constitución de un *mandatum cualificatum* exclusivamente frente al deudor.

En el Ordenamiento jurídico español este pacto debe considerarse contractual (porque reúne los requisitos de todo contrato, 1261 Cci) pero no como una fianza de las tipificadas en el Código Civil. Su inadecuación con la fianza se produce fundamentalmente porque no es intercesorio al no ir dirigido a un tercero, aunque también tenga carácter gratuito.

⁶⁰ La técnica de contraer este efecto en el Derecho romano surgía del nudo pacto. Cfr. HUBER, *Praelectiones Iuris Civilis*, L. III, Tit. XXI, n.1: *Fideiussor est qui stipulanti creditori spondet, absque novatione, sua fide et periculo fore quod alius ipsi debet*; PÉREZ, *Praelectiones in duodecim libros Codicis* (ed. Napoles 1755), II, Tit. XLI, núms.1 y 2: *contractus qui verbis constat*; gomez, *Varie Resolutiones*, II, XIII, núm.1: *Fideiussor est ille qui intercedit pro alio et soleniter promisit solvere rem vel pecuniam ab alio debitam*.

⁶¹ Esta es la naturaleza que le ha atribuido Troplong para el derecho francés (de tintes causalistas como el español) al pacto *constitutae pecuniae*. A semejanza de la fianza, este pacto exigirá una obligación principal válida, pero no se trata en el pacto de una «adhesión» a la deuda principal válida, sino de una «adición», respondiendo el nuevo deudor de modo distinto y principal.

⁶² Cfr. WINDSCHEID-KIPP, *Pandekten*, II, 6476.

⁶³ Cfr. WOLFF, *Principes de Droit naturel et des gens* (ed. Caen, 1988), t. II, pp. 148-149.

La fórmula no encaja perfectamente con la garantía en estudio, en la que el garante se obliga a indemnizar y nunca en condiciones más onerosas que el deudor⁶⁴.

Tampoco necesita la fianza aseguradora una obligación principal sobre la que reposar y cobrar vida al tener naturaleza independiente. En cambio, el negocio jurídico de garantía es conceptualmente inconcebible sin una relación jurídica garantizada y que dicha relación tenga que ser válida o eficaz para que la obligación de garantía surta efectos.

De lo dicho puede concluirse que la fianza aseguradora en cuanto reforzamiento goza de afinidades con las garantías personales y no hay razones de orden público para descalificarlo. Pero insistimos en que la fianza aseguradora aunque garantiza no es un negocio intercesorio, sino que sólo cubre los riesgos del asegurado.

Teniendo como objetivo la fianza aseguradora, reparar daños de otro no cabría encajarla en la figura de la asunción de deudas acumulativa (*adpromissio*), ya que supone una nueva obligación para el garante o asegurador, cuando en la asunción acumulativa parece referirse a una sola obligación.

Sin embargo, para salvar el inconveniente la jurisprudencia ha confeccionado una asunción acumulativa con dos obligaciones distintas y no una sola con dos deudores. Además, en nuestro Derecho también se quiso aplicar el principio de que en el contrato de garantía autónoma no se promete el cumplimiento de la obligación ajena sino la indemnización de los daños que sufra la otra parte en caso de incumplimiento del deudor garantizado⁶⁵, lo que no supondría una misma obligación en el deudor principal y en el garante.

Semejante deducción no es fácilmente adaptable a nuestro Ordenamiento jurídico para justificar la existencia de dos funciones distintas. Pese a ello se puede recurrir al expediente técnico del que habla Guilarte que defiende en la fianza civil ordinaria una nueva obligación con el mismo fin y que es extensible también a la asunción acumulativa de deudas, aunque las obligaciones tengan el mismo contenido.

⁶⁴ Actualmente la doctrina francesa admite la existencia del pacto de *constitutum* como contrato autónomo, por el que un tercero se obliga de modo principal a pagar una deuda ajena, sin sujeción al principio de que el garante no puede obligarse a más que el deudor principal. Cfr. SIMLER, *Cautionnement*, fasc. A, núms. 28, 29.

⁶⁵ Vid. PÉREZ Y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de obligaciones de Enneccerus-Lehmann...*, II, p. 849. Garantizar también consiste en que el fiador cubre a una persona la indemnidad de todo el perjuicio que pueda sufrir como consecuencia de involucrarla en un negocio, actividad o empresa. Se trata de un supuesto de responsabilidad personal por débito ajeno.

Ahora resta por examinar si cabe construir estas figuras sobre la asunción de deudas acumulativa y observamos que no cabe hacerlo sin contradecir la propia naturaleza de la asunción cumulativa que siempre se refiere a la misma obligación, cuando en la fianza aseguradora se constituye una obligación nueva e independiente de cualquier otra.

Aunque se diga que la fianza, el aval y la asunción de deuda acumulativa, técnicamente, se construyen como nuevas y propias obligaciones, porque el fiador es titular pasivo de una nueva y propia obligación⁶⁶, no tienen la independencia de la fianza aseguradora con relación a la obligación que garantizan en cuanto negocios intercesorios.

Actualmente, doctrina⁶⁷ y jurisprudencia⁶⁸ reconocen sin paliativos la figura de la asunción de deuda, configurándola como una especie de la novación modificativa cuando se refieren a la liberatoria, debiendo prestar el acreedor su consentimiento expreso.

Esta asunción de deuda liberatoria nada nos resuelve en materia de fundamentación de los negocios jurídicos de garantía objeto de nuestro trabajo. En aquella se libera el deudor frente al acreedor, y en la fianza aseguradora se libera al deudor de todo perjuicio que asume el asegurador frente a él.

No se trata, en la fianza aseguradora, de una novación que puede ser extintiva o modificativa, en la que permaneciendo el deudor

⁶⁶ Esto no ocurre con quien asume la deuda para liberar, pero sí con quien asume acumuladamente. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1960 a efectos de diferenciar la fianza de la asunción acumulativa ha dicho: «en caso de asunción cumulativa, el que asume la deuda ingresa en la obligación, para colocarse junto al deudor originario en concepto de deudor solidario, diferenciándose esencialmente de la fianza en que el que se adhiere a la deuda la asume como propia, queriendo, por tanto, responder junto al deudor, pero independientemente de la deuda de éste; mientras que el fiador que asume la responsabilidad por la deuda ajena, quiere responder de la deuda del deudor principal, o sea, contraer una obligación que depende constantemente de la existencia de la obligación principal».

⁶⁷ Cfr. GARCÍA AMIGO, *La cesión de créditos*, Comentarios al Código Civil, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 71. DÍAZ PAIRO, PUIG PEÑA, COSSIO, ALBALADEJO.

⁶⁸ Cfr. STS de 24 de abril de 1970, 7 de diciembre de 1971, 25 de abril y 7 de junio de 1975, de 5 noviembre de 1990, sentando doctrina jurisprudencial reconocen dentro de la novación modificativa la especie de la asunción de deuda manifestando que la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo con excepción de las contraídas «*intuitu personae*» procedente en nuestro ordenamiento positivo con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad proclamado en el artículo 1255 del CC, en defecto de una regulación específica de la asunción de deuda, aunque venga aludida por algún precepto presuponiendo su licitud –art. 118 LH– ha sido admitida ciertamente por una doctrina jurisprudencial reiterada, que al igual que la de los autores entiende superada en el Derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código sustantivo, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor en las obligaciones con efectos de novación meramente modificativa tal y como resulta del artículo 1203-2.º, en relación con los 1204 y 1205.

antiguo se suma otro u otros deudores más, reforzando por tanto la deuda con los nuevos deudores y sus patrimonios, sino que consiste en un reforzamiento de la posición de una persona que puede resultar deudora o sufrir otro riesgo derivado de una relación jurídica o del desarrollo de una empresa.

En realidad no se trata de una asunción acumulativa porque no se superpone a otra obligación sino que nace *ex novo* entre asegurador y asegurador.

Lo expuesto no quiere decir que el resto de las garantías, como la fianza aseguradora que examinamos, no beneficien al acreedor al tener todas por finalidad aumentar la seguridad del crédito o que el acreedor vea satisfecho su interés. Lo que decimos de esta garantía aseguradora es que no se pacta directamente entre acreedor y garante sino entre garante y asegurado y no tiene porqué tener dependencia con otras obligaciones.

En busca de una figura que nos pueda justificar la fianza en análisis (como quiera que la asunción acumulativa propiamente dicha supone la incorporación de un nuevo deudor a la misma obligación primitiva), podemos traer a colación la creación de una nueva obligación y no sólo un nuevo deudor, a la que ya hemos denominado *constitutum* en trabajos anteriores⁶⁹ en el entendimiento que nos referimos a una asunción de deuda acumulativa creadora de una nueva obligación.

La diferencia del *constitutum* con la fianza ordinaria se encuentra en que el asuntor constituyente puede pactar con el acreedor y con el deudor su constitución y en que cumple una nueva e independiente obligación que no trae causa de la obligación primitiva aunque tenga el mismo contenido que la del primitivo deudor. Mientras que el fiador pacta con el acreedor y aunque cumpla siempre su propia obligación está condicionada y es accesoria de la obligación principal, modelada sobre su contenido y sus circunstancias, de ahí su accesoriidad.

De lo dicho pueden surgir varios tipos de *constitutum* entre los que, a efectos de fundamentar la garantía aseguradora, interesa destacar los siguientes: el que se hace frente al deudor y también es aceptado por el acreedor, el que sólo se hace frente al deudor sin consentimiento del acreedor, fundamentados ambos en una obligación condicionada a que el asegurado sufra un perjuicio por el incumplimiento anterior de otra prestación.

⁶⁹ ESTRADA ALONSO, E., *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid, 2000.

3.1 EL *CONSTITUTUM* HECHO FRENTE AL DEUDOR Y ACEPTADO POR EL ACREEDOR

Éste encuentra su fundamento y apoyo en la *adpromissio* y en el *constitutum debiti alieni* del Derecho Romano y ha sido aceptado por nuestro Ordenamiento jurídico con eficacia para todas las partes.

El promitente constituyente se convierte en codeudor y por tanto con una obligación que para él es nueva y propia aunque sea de igual contenido que la del deudor.

En estos casos el matiz para diferenciar el *constitutum* de la fianza es muy sutil. Si el acreedor se adhiere a la asunción de cumplimiento, el acuerdo en principio formalizado por el deudor y el tercero adquiere también carácter vinculante frente a aquél. Pero en este caso tampoco se oscurece el matiz diferenciativo con la fianza, ya que, no por consentir el acreedor, la asunción acumulativa pierde su abstracción e independencia⁷⁰.

Si interviene el tercer acreedor aceptándola, cualquier modificación deberá ser aceptada por él.

Se separa del régimen de la garantía civil porque la fianza trae causa de la obligación principal; mientras que, en el *constitutum* de deuda, la obligación es independiente y abstracta con relación a la obligación a la que se acumula, aunque la haya consentido el acreedor.

3.2 EL *CONSTITUTUM* QUE SÓLO VINCULA AL ASUNTOR FRENTE AL DEUDOR, SIN CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR

El genuino⁷¹ *constitutum* de refuerzo es el que surge del pacto entre deudor y asegurador. En él cabe su resolución o modificación por estipulación contraria sin posible interferencia del acreedor, porque en todo caso se mantiene su primitivo deudor y nunca sale perjudicado.

Se diferencia de la fianza en que la situación del fiador no puede alterarse por ningún pacto con el deudor principal, ya que, normalmente, para que la fianza exista, requiere la perfección de un acuerdo con el acreedor.

Ya hemos visto que, en cualquier caso, el consentimiento del acreedor no condiciona su carácter abstracto o accesorio, viniéndole dado el primero por tratarse de una obligación con su propia vida independiente.

Esta independencia es aún mayor en el caso de que la eficacia de la segunda obligación acumulada esté condicionada al incumpli-

⁷⁰ NICOLO, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 828.

⁷¹ Cfr. GUILARTE, ob. cit., p. 41.

miento de la primera. Aunque el esquema de la eficacia funciona en las dos instituciones de forma condicional (incumplimiento de la obligación principal), se separan en la dependencia y accesoriedad permitida en una figura y en otra.

VIII. OTRAS FIGURAS AFINES A LA FIANZA ASEGURADORA

1. El contrato autónomo de garantía

En el marco de las garantías personales, se habla también en la doctrina del «contrato de garantía» que se concibe como aquel negocio jurídico en el que una determinada persona asegura a otra un resultado económico, si éste no llegara a producirse como consecuencia de ciertos hechos, actividades o contratos.

Las figuras intercisorias se reconstruyen para Alemania por Stammler⁷² en el año 1886, con los materiales aportados por el Derecho común correspondientes a tres fuentes: la fianza *in duriorum causam* (en la que la tradición del Derecho común advirtió la posibilidad –contra lo dispuesto en el art. 1826 de nuestro Cci– de que no estuviera afectada de invalidez una promesa en que el fiador se obligara a más que el deudor⁷³), la *promissio indemnitis* (en la que existe promesa de deuda propia asegurando la indemnidad a un tercero en el supuesto de ocurrencia de un determinado evento con daño económico para el promisario⁷⁴) y el *mandatum pecuniae credendae* (como técnica de asunción de riesgos por el mandante, siempre que a riesgo suyo un tercero ejecutara una actividad en la que aquél estaba interesado)⁷⁵.

⁷² Cfr. STAMMLER, «Der Garantievertrag», en *AcP*, 1886, p. 2.

⁷³ Esta mayor obligación podía interpretarse como donación, pero también como promesa de garantía desvinculada de la obligación del deudor.

⁷⁴ Esta figura aparece con motivo de la aplicación del SC Veleiano, que impedía a la mujer interceder por otro, sirviendo la *promissio* para excluir el reproche de nulidad cuando pudiera interpretarse que no había una *receptio* de obligación ajena por parte de la mujer, sino promesa de deuda propia con la que la mujer aseguraba la indemnidad a un tercero en el supuesto de ocurrencia de un determinado evento con daño económico para el promisario. En la *intercessio* se asume una obligación ajena (*wird eine fremde Verbindlichkeit übernommen als fremde*) mientras que en la promesa simplemente nos encontramos con la obligación de pagar un daño.

⁷⁵ Una persona autorizaba a otra a que preste a un tercero, surgiendo entonces dos mutuos, uno entre el autorizante como mutuante y el que recibió la cantidad como mutuario, y otro mutuo entre el que entregó la cantidad como mutuante y el que le dio el *iussum* como mutuario. Si en vez de *iussum credendi* hay un *mandatum pecuniae credendae*, no hay más mutuo que entre el mandatario como mutuante y el tercero como mutuario; pero el mandatario tiene además una *actio mandati* contraria contra el mandante a modo de garantía en caso de que el tercero no pague su deuda.

Este es el *mandatum qualificatum* en el que el garante no se obliga a cumplir la obligación ajena, sino que indemnizará al acreedor por el daño que se le siga por el incumplimiento de la obligación principal.

Si hemos restringido nuestro análisis a la garantía pactada entre el acreedor y el deudor perjudicado, la clave para la fianza aseguradora obligándose sólo frente a una persona perjudicada no parece que pueda venir de la mano de estas figuras intercisorias, consideradas como fianzas para los iusnaturalistas⁷⁶ y por tanto otorgadas frente al acreedor.

Sin embargo, construye Stammmler –dentro del concepto más amplio de garantía o intercesión⁷⁷– la categoría de los contratos dirigidos siempre a evitar daños o perjuicios a un tercero (*Schadloshaltungsverträge*) correspondiendo a quien garantiza una prestación del interés (*id quod interest*). Responsabilidad directa frente a tercero que no se presenta en la fianza aseguradora, pero que, a la postre, beneficia al acreedor.

Los Códigos Civiles modernos, siguiendo esta pauta, se alejan del Derecho romano. La fianza se incluye en el Código Alemán como un tipo más de *Garantievertrag*, que no es más que una especie general de garantía entre las que habría que incluir otras⁷⁸.

Esta trayectoria del Ordenamiento Alemán, como veremos –fundamentada también en el principio de autonomía de la voluntad y en la necesidad del tráfico de las relaciones obligatorias– puede resultar incompatible con alguna norma de orden público en un sistema causalista como el nuestro, aunque las figuras manejadas por Stammmler como fianzas de indemnidad no accesorias, distintas del contrato de garantía, ya no son extrañas a nuestro Ordenamiento.

Sin necesidad de acudir a otras instituciones externas al Ordenamiento Jurídico español, tratamos en este estudio de justificar la validez de la figura que presentamos, ya sea negocio jurídico de garantía^{79, 80}, ya un seguro o una figura atípica y *sui generis*.

⁷⁶ Cfr. WOLFF en su obra, *Principies de Droit naturel et des gens* (ed. Caen, 1988), tomo II, pp. 148-149.

⁷⁷ Cfr. MÜLLER, *Interzessionsfälle des geltenden Rechts*, en Inaug. Diss., Tübingen 1928, pp. 22 ss. que explica como en los países germánicos se utiliza el término intercesión como sinónimo de garantía.

⁷⁸ Entre éstas contrata en nombre propio la promesa de pagar el cheque por el propio librado o la aceptación de la letra de cambio con objeto de garantizar deuda ajena, Virt. HUECK-CANARIS, *Derecho de los títulos valor, ob. cit.*, pp. 229 y 243.

⁷⁹ El BGB olvida la institución de la novación, sustituyendo a la novación objetiva por la dación en pago; la novación por cambio de acreedor adopta la forma de cesión de créditos, y la novación por sustitución del deudor se verifica mediante la asunción de deudas. Se preocupa de regular los supuestos de modificación de la obligación sin perjuicio de su identidad distinguiendo: el contrato de modificación (se modifica la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo o condiciones), la cesión de créditos (mediante la que se transmite el crédito a un nuevo acreedor) y la asunción de deuda (*Schuldübernahme* en la que un nuevo deudor asume la deuda anterior, sin que ésta se extinga).

⁸⁰ Estos preceptos recogen la doctrina de DELBRUCK y WINDSCHEID. En los párrafos 414 ss. siguiendo esta doctrina, regula la asunción de deuda liberatoria que hace que el tercero libere al deudor y, a su lado, la asunción de deuda cumulativa cuando el acreedor adquiere el derecho contra el nuevo deudor, pero conservando al mismo tiempo el que tenía contra el acreedor primitivo. Este reforzamiento no puede interpretarse más que como garantía.

Al amparo del principio de libertad de contratación que rige el Derecho de obligaciones, se permite, en el Derecho alemán, pactar lo que se crea conveniente, incluso la sustitución y extinción de la primitiva obligación.

Este principio de libertad de contratación no es por supuesto exclusiva del Derecho alemán.

La fianza aseguradora no estaría lejos del denominado contrato de garantía, tal como lo definió Stammeler, en el que una persona asume gratuitamente el riesgo dirigido a obtener una ganancia patrimonial. También Kroener entendió por contrato de garantía aquel en el que uno se obliga frente a otra parte a responder gratuitamente hasta un importe máximo por los daños que para el beneficiario se pudieran derivar de un negocio ya concluido o a punto de concluirse.

Canaris aclara que por medio de este contrato de garantía el garante se compromete frente al beneficiario a responder por un beneficio determinado o por la pervivencia de una situación determinada; además, la prestación asumida no consistirá solamente en prestar el beneficio económico esperado o preocuparse por que se mantenga esta situación, sino que también, en el caso de que no se cumpla alguno de los supuestos, deberá cubrirse el daño económico que de ello se derive para el beneficiario, esto es, estará obligado a satisfacer el interés protegido.

2. El aval en sentido amplio

Se trata de una figura de elaboración jurisprudencial, que pretende una autonomía (reflejada en la inoponibilidad de excepciones) parecida a la del aval cambiario, la garantía a primera demanda o el contrato autónomo de garantía (*garantieverträge*).

Como expresa Carrasco Perera, con esta figura el TS viene intentando o amagando una huida del tipo *fideusorio* y del contrato de fianza antes de que apareciera en escena la garantía a primer requerimiento.

La STS de 24 de noviembre de 1978 postula como un tipo de contrato independiente y distinto de la fianza (no accesorio) aquella fianza en que se pacta por el fiador la renuncia a los beneficios de la quita y espera acordados con el deudor.

Con esta figura se extiende la corriente de que el simple pacto en contrario a algunas de las normas dispositivas de la regulación codificada de la fianza supone ya sin más una exclusión de la fianza tipificada en el Código.

En las sentencias del TS de 20 de marzo de 1980, 11 de julio de 1983 y 17 de julio de 1985 se trataba de avales prestados en títulos cambiarios en los que se discutía si la obligación del avalista subsiste aún después de extinguida la acción cambiaria, entendiendo que se trata de una garantía personal atípica pactada de conformidad con el artículo 1255 Cci.

Estas garantías se diferencian del aval cambiario en que, mientras que el avalista responde de igual manera que el avalado (cambiariamente), el garante independiente no tiene por qué responder del mismo modo que el deudor garantizado, pudiendo tener la obligación de garantía un contenido y duración diferente al de la garantizada; la causa en el contrato autónomo es siempre de garantía, en el aval puede responder a distintas causas (mandato, pacto de favor, garantía); mientras que la obligación de avalista y avalado es solidaria (art. 57 LCCh), en la garantía independiente no es preciso pactar la solidaridad como si de una fianza accesoria se tratase por alcanzar idénticos efectos la citada garantía; o que mientras en el aval responde el avalista ante cualquiera que sea el tenedor legítimo de la letra, en la garantía se asegura una prestación al acreedor beneficiario previamente determinado.

Al aval en sentido amplio también le acompaña la limitación de pactarse en beneficio del acreedor, cuando la fianza aseguradora se pacta en beneficio de un deudor. Sin embargo ya hemos dicho que reparando el perjuicio de este deudor se protege indirectamente al acreedor que ve satisfecho su crédito.

3. La fianza *omnibus*

Es una figura elaborada por la doctrina italiana en la que el garante afianza al acreedor por todas las presentes y futuras obligaciones que el deudor contraiga. Es de carácter abstracto y ha servido en Italia para esquivar los dogmas de la fianza y por consiguiente el reproche de la nulidad, amparando incluso la exclusión convencional de las excepciones⁸¹.

Planteado el negocio jurídico en estos términos, teniendo las garantías naturaleza accesoria en el Derecho español, no tendría validez.

Mediante esta figura no se garantiza una obligación única identificándose fianza y obligación principal, sino que el fiador garantiza un conjunto más o menos amplio de obligaciones.

⁸¹ Cfr. CASSAZ, 3 de septiembre de 1967, en *BBTC* (1967), II, pp. 41 ss.;

La mayoría de la doctrina se inclina por admitirla siempre y cuando se introduzcan determinados factores correctores derivados de la buena fe, de suerte que las obligaciones garantizadas guarden entre sí alguna relación profesional, o de otro tipo, que las conviertan en algo homogéneo, y que el fiador esté informado sobre aquellos cambios en la situación patrimonial del deudor, de manera que, al formalizarse con éste nuevas operaciones, si el afianzado ha sufrido alguna merma en su solvencia, el fiador deba prestar su autorización, ya que el contexto económico y de solvencia no es el mismo que existió cuando se formalizó la operación marco⁸².

La fianza *omnibus* es muy habitual en las pólizas bancarias para el descuento de efectos y cobertura de riesgos, en las que no sólo se pacta el descuento, sino que tienen una finalidad de garantía a favor de la entidad que admite el descuento, sobre el cobro de la suma debida a cargo del obligado principal⁸³. Su finalidad es facilitar al acreditado el descuento de letras, recibos y, en general, efectos de comercio u otros documentos, incluso no endosables, o derechos o créditos registrados en soporte magnético, asegurando al Banco de la cobertura contra los riesgos derivados de tales descuentos y negociación de tales descuentos, bien por falta de pago de los mismos, bien por otro motivo cualquiera, mediante la posibilidad de acceder al juicio ejecutivo con cualquier saldo impagado.

Las entidades financieras han aprovechado la abstracción del documento para incluir cualquier descubierto o saldo deudor que en lo sucesivo presente el acreditado o afianzado por consecuencia de cualquier operación bancaria.

Estos contratos abarcan todas las obligaciones o riesgos del afianzado y con su formalización también pretende huirse del rígido esquema de la fianza.

Se trata de contratos que no son accesorios de la obligación principal que se garantiza, sea presente o futura. Además no tienen, por lo general, plazo de vencimiento definido, por lo que el fiador debe responder de todas las operaciones hasta que se produzca su denuncia unilateral.

⁸² Cfr. MELLADO RÓDRIGUEZ, M., «La fianza en el Derecho Foral Español», *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1996, p. 183.

⁸³ Cfr. BERNABÉ LUENGO, *Contratos Bancarios: Las pólizas de cobertura de riesgos de operaciones bancarias: apreciaciones críticas*, p. 628, que define estas pólizas como contratos por virtud de los cuales una o varias personas, con carácter general, solidariamente y hasta un límite predeterminado, se comprometen frente al Banco a asegurarle los distintos riesgos que afecten a la correcta liquidación de aquellas relaciones comerciales de las que deriven obligaciones de pago a cargo del deudor principal y susceptibles de carácter ejecutivo por su formalización mediante fedatario público.

Este tipo de pactos de garantía debe considerarse válido como una garantía condicional de que exista saldo a favor del acreedor, pero siempre que no se limite la oposición de excepciones al fiador, pudiendo éste en la fase procesal traer a los autos cada una de las obligaciones garantizadas, con las limitaciones legales establecidas para el juicio ejecutivo.

4. La fianza *indemnitatis*

En el Tratado de Ennecerus ya vimos que —siguiendo la inspiración alemana— se considera que en el contrato de garantía (contrariamente a la fianza en la que se garantiza el cumplimiento de la obligación ajena) se garantiza la indemnización de los daños que sufra la otra parte en caso de incumplimiento del deudor garantizado⁸⁴.

Esta figura puede encuadrarse dentro de la categoría de los contratos dirigidos a evitar daños o perjuicios a un tercero propios de la doctrina alemana (*Schadloshaltungsverträge*)⁸⁵.

En el Derecho romano fue conocida como una estipulación de indemnidad en la que el fiador se obligaba a cumplir lo que el acreedor no pudiera conseguir del deudor principal (D.46,2, 6 pr.), comprometiéndose el fiador a atender la indemnización resultante del no cumplimiento⁸⁶. En la época clásica el *fideiussor* responde a la par que el deudor principal. El acreedor tiene la facultad de dirigirse, a su elección, contra uno o contra otro, y la *litis contestatio* celebrada con cualquiera de ellos extingue ambas obligaciones. Para evitar este inconveniente, se introduce en la práctica la *fideiussio indemnitatis*, por virtud de la cual el fiador sólo se obliga a pagar la parte de la prestación que el acreedor no logró obtener del deudor principal.

La fianza indemnizatoria se ha incluido en el esquema de la fianza⁸⁷. Así en nuestra doctrina se entiende que la fianza *indemni-*

⁸⁴ Vid. PECHER, *Münchener Kommentar BGB*, & 765 «El garante no se obliga a la consecución del cumplimiento, sino a la indemnización resultante del no cumplimiento, FRAGALI, «Fideiussione e assicurazione», en *BBTC* (1956), I, p. 96, «La obligación del fiador no es indemnizatoria del *id quos interest*, sino subrogatoria de la obligación principal.

⁸⁵ Sobre esta categoría Vid. STAMMLER, «Der Garantievertrag», en *AcP*, 1886, p. 2.

⁸⁶ Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, p. 54. Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho romano ob. cit.*, p. 445, donde recoge GAYO, 3,126; D. 46.1.8,7; D.46; 1,42; TALAMANCA, *Estudios Sánchez del Río*, p. 273 ss; Studi Senesi, 80 (1968), p. 71 ss.

⁸⁷ Así lo ha considerado la jurisprudencia italiana. Vid, Cassaz. De 31 de enero de 1968, *Giust. Civ.* (1968), I, p. 606; Cassaz. de 5 de octubre de 1979, en *Giust. Civ. Massim* (1878). Esta figura se reduce a una fianza en la que la obligación del garante no tiene por objeto el cumplimiento de la prestación, en caso de incumplimiento del deudor principal, sino el simple resarcimiento del daño.

tatis no puede ser sino fianza, pues nuestro Derecho interno carece de otra institución que pudiera suministrar su régimen normativo ⁸⁸.

Sin embargo, no estoy conforme con esta calificación. Sin llegar a calificar la *fideiussio indemnitatis* de contrato innominado con una propia función económico-social, legislativamente atípica (como ha hecho la doctrina italiana ⁸⁹), tengo razones para defender su exclusión del régimen de la fianza y aplicarle un régimen que le viene como anillo al dedo y que ha quedado expuesto anteriormente, el de la *asunción de deuda acumulativa* reconocida con plenos efectos en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La fianza indemnizatoria encaja perfectamente en esta figura, por que se trata de una garantía de cumplimiento de la obligación principal ⁹⁰. De forma que con ella se crea una nueva obligación como en la fianza que consiste en asumir acumuladamente la misma obligación que el deudor principal.

El deseado régimen normativo no se encuentra en la aplicación analógica de la fianza ⁹¹, sino en la asunción de deuda acumulativa en la que persiste la primitiva obligación y se crea una nueva con el mismo contenido.

Observemos que en la fianza aseguradora, pese a que no se obliga el fiador a conseguir el cumplimiento de la obligación primitiva, sino que sólo se compromete a atender la indemnización resultante del no cumplimiento, no sucede lo mismo que en la denominada *fideiussio indemnitatis*. En esta última el fiador sólo se obliga a responder de lo que haya dejado de pagar el deudor, en cambio en la fianza aseguradora el garante asume todo el daño o toda la deuda de la que resulte obligado el garantizado.

Todas estas figuras se diferencian además de la fianza aseguradora en que se realiza el compromiso frente al acreedor y no en beneficio del deudor como en nuestra figura.

En la fianza aseguradora lo normal es que se proteja del perjuicio a quien resulte deudor de una obligación. Con ella se crea una nueva obligación para el promitente muy parecida al seguro, pero no hasta el punto que no puedan diferenciarse.

En la fianza ordinaria se viene diciendo que el fiador cumple su obligación por la que no cumplió el deudor principal, lo que es distinto a concluir que resarce el daño total o parcial producido por la

⁸⁸ Vid. CARRASCO PERERA, *Ob.cit.*, p. 141.

⁸⁹ Cfr. GAMBINO, «Fideiussione, fideiussio indemnitatis e polizze fideiussorie», en *Riv. Dir. Comm.* (1960), I, p. 69.

⁹⁰ Cfr. en este sentido, BOZZI, «La fideiussione», en el *Trattato de Rescigno*, 1984, p. 219.

⁹¹ Vid. DELGADO, «La Fianza», en *Elementos de Derecho civil* de LACRUZ, II, 3, 1986, p. 507.

insolvencia del deudor. Así a la fianza de indemnidad se le ha negado su naturaleza de fianza por tener carácter indemnizatorio Von Thur⁹².

Sin embargo, es muy difícil de deslindar que lo que trata de cumplir el fiador ordinario es la obligación del garantizado y que no busca la reparación de todo perjuicio como en la fianza aseguradora. Especialmente cuando ya el deudor principal ha incumplido.

De este modo, es perfectamente legítimo que el fiador garantice no la deuda inicialmente existente entre deudor y acreedor, sino las consecuencias que deriven del incumplimiento o de la inejecución o defectuosa ejecución de la prestación. En estos casos, el fiador se obliga a pagar al acreedor garantizado el importe en que se llegue a concretar la responsabilidad contractual y esto es lo que trata de cubrir la *fianza indemnitatis*.

La fianza *indemnitis* y la aseguradora tienen un gran parecido, sin embargo podemos destacar dos notas diferenciadoras. Una, la de su extensión en el caso de que la fianza aseguradora cubra incluso las consecuencias de la responsabilidad extracontractual. Otra, la de que la fianza aseguradora suele pactarse en beneficio del propio deudor o perjudicado en una relación jurídica y sólo frente a él, mientras que la fianza se constituye con y frente al acreedor de una obligación.

Tanto la fianza *indemnitis* como la aseguradora deben ser eficaces en nuestro Ordenamiento. Incluso los mayores detractores de este tipo de garantía interpretan que, en aplicación del principio de buena fe, debe ser defendida su eficacia cuando quien pretenda la invalidez haya incluido la figura en el contrato⁹³.

En la fianza *indemnitis* la intercesión del garante consiste en un compromiso de mantener indemne al acreedor del daño que le surja de la imposibilidad de cobrarse del deudor (*Ausfallbürgschaft*)⁹⁴. El acreedor no puede proceder previamente contra el fiador, ni tan siquiera cuando el deudor incumpla⁹⁵. Es el acreedor el que debe perseguir los bienes del deudor, haya o no señalamiento de bienes por el fiador. La obligación es subsidiaria de la del deudor y sometida a la condición suspensiva de que del patrimonio del deudor o de otras garantías de las que el acreedor disponga no

⁹² Cfr. VON THUR, *Derecho civil*, trad. Esp., Buenos Aires, 1946, V.I, p. 199, nota 14.

⁹³ *Vid.* en contra CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 16. La exclusión de excepciones (vgr. Impago de la prima por el tomador) ha de valer aquí, aunque sólo fuera por la razón (adicional) de que se trata de una cláusula más favorable para el asegurado y, en cuanto tal, inobjetable, por aplicación del artículo 2 LCS.

⁹⁴ Cfr. HADDING-HAUSER-WELTER, «*Bürgschaft und Garantie*», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, III, (1983), p. 660; SCHOLZ-LWOWSKI, *Das Recht der Kreditierung*, pp. 206 y 364.

⁹⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, *Ob. cit.*, p. 140. La defensa del fiador no está limitada a la oponibilidad de la excepción dilatoria del beneficio de excusión, con los requisitos que para su oponibilidad establece el artículo 1.832.

pueda cobrarse el crédito. Se trata de una obligación que cubre el déficit del crédito no cobrado al deudor.

En cambio en la fianza aseguradora es el deudor al que le están reclamando una deuda quien puede dirigirse contra el garante asegurador para que se la cubra o satisfaga, antes o después de que el deudor la haya cumplido.

5. El mandato de crédito

Otra garantía personal la encontramos en el *mandatum pecuniae credendae*, que consiste en el encargo que una persona –mandante– hace a otra –mandatario– para que abra un crédito a un tercero. El mandatario-mutuante puede intentar contra el mandante el *contrarium iudicium mandanti* para exigirle que le resarza los daños derivados de la ejecución del mandato.

Por el mandato de crédito el mandatario se obliga por encargo del mandante a dar crédito a un tercero, respondiendo el mandante de los quebrantos que pudiera sufrir el mandatario (provisión de fondos y gastos incurridos).

Es admitido por nuestra jurisprudencia⁹⁶ cuando se formalice como un verdadero mandato de crédito en uso de la libertad contractual, constituyendo una relación en la que el mandante da instrucciones a un mandatario para que otorgue un crédito a un tercero por su cuenta y riesgo y en nombre propio y a su vez el mismo mandante responda como fiador de las obligaciones que nazcan del crédito otorgado.

Según sea su formulación, la doctrina distingue dos supuestos:

a) Mandato inicial de crédito que una vez ejecutado por el mandatario determina la responsabilidad del mandante de forma similar a la de un fiador, y

b) Mandato de crédito propio, en el que el mandante responde sólo como tal, en la medida en que debe dejar indemne al mandatario que concedió el crédito en base al artículo 1729 Cci.

El mandante es responsable si el mandatario acepta y cumple el mandato concediendo crédito al tercero.

Al no existir limitación alguna de excepciones, es un negocio jurídico válido y su parecido con la fianza aseguradora viene de la mano de la responsabilidad de un tercero en un negocio jurídico en el que no ha sido parte. Sin embargo la independencia de la obliga-

⁹⁶ Cfr. STS de 8 de octubre de 1928 y 22 de diciembre de 1941.

ción del fiador asegurador no se identifica con la función de garantía de otra obligación en el mandato de crédito.

6. Las cartas de patrocinio

Son instrumentos para facilitar la financiación, asegurando el crédito y tranquilizando al acreedor acerca del buen éxito de la operación. Existen clasificaciones variadísimas de estas declaraciones de patrocinio, distinguiéndose las declaraciones de conocimiento de la existencia del crédito, de aprobación de la relación, de confirmación del control, de política de grupo de empresas respecto a sus filiales, de futuro mantenimiento de la participación de la sociedad madre en la filial, de asunción de obligaciones para el caso de desprendimiento del paquete accionario, de influencia, de mantenimiento, de disponibilidad futura de medios para cumplir por parte de la filial, asegurativas del cumplimiento, de asunción del riesgo de pérdidas⁹⁷.

Las que más se parecen a la fianza aseguradora son las dos últimas cuando se realizaren fuera del ámbito de entidades de crédito y de las sociedades pertenecientes al mismo grupo.

El Tribunal Supremo, aunque reconoce las cartas de patrocinio como garantías semejantes a la fianza, mediante la que se contrae una obligación accesoria de indemnizar en caso de que el deudor principal incumpla, que encuentra su apoyo legal en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 Cci, niega que puedan otorgarse cartas de patrocinio fuera de los créditos bancarios solicitados por una filial. Así se pronuncia en la sentencia de 16 de diciembre de 1995, en la que se trataba de la futura ejecución de un contrato de transporte en el que el acreedor no era una entidad financiera⁹⁸.

Dentro de las cartas de patrocinio hay que distinguir las cartas fuertes que incorporan una declaración de contenido negocial frente al banco acreedor (nos comprometemos a reembolsar a primera demanda de ustedes el principal, intereses ..., o a remitirles una garantía incondicional que cubra el principal, los intereses, o estamos de acuerdo de que en el caso de que ustedes nos reclamen una indemnización por el incumplimiento de nuestras obligaciones, res-

⁹⁷ Cfr. LÓPEZ URIEL, «Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía», en *Rev. Fac. Der. Univ. Complutense*, 72, 1985, pp. 327-329 y 338 ss.

⁹⁸ Sobre la profesionalidad de quien admite como garantía la carta de patrocinio, Cfr. CARRASCO PERERA *ob. cit.*, entiende que esta interpretación es incorrecta. No puede restringirse al marco de los grupos de sociedades. En contra, LÓPEZ URIEL, *Las declaraciones de patrocinio y su función de garantía*, eleva esta circunstancia a condición necesaria.

ponderemos por la cantidad de ...), frente a las débiles que, limitada su eficacia a la de simples *gentlemen's agreements*⁹⁹ no comportan obligación ninguna.

La ambigüedad de esta figura permite que adopten la forma de otros negocios jurídicos (fianza, mandato de crédito, promesa de hecho ajeno etc.).

En contra de que la carta de patrocinio merezca una determinada disciplina unitaria, se han pronunciado algunos autores¹⁰⁰, entendiendo que la declaración unilateral no es fuente de obligaciones en nuestro Ordenamiento, salvo que una norma expresamente lo prevea (art. 1089 Cci). Por tanto la vinculatoriedad que pueda surgir de una carta de patrocinio ha de nacer necesariamente de contrato.

Se puede constituir como negocio autónomo¹⁰¹ según algunos autores que definen la carta de patrocinio como contrato normalmente unilateral, atípico de garantía autónoma e indemnizatoria, de contenido obligatorio variable en razón del número y modalidades de las concretas declaraciones emitidas.

Por la misma razón se puede pactar bilateralmente la fianza aseguradora a modo de carta de patrocinio «fuerte» en cualquier tipo de negocio.

Se diferencian las dos figuras en que así como la carta de patrocinio se declara frente a un acreedor, la fianza aseguradora se puede prestar exclusivamente frente al deudor de una obligación. La carta de patrocinio se presenta como la promesa de hecho de un tercero, en cambio la fianza aseguradora, el compromiso se hace frente al deudor.

7. La comisión de garantía¹⁰²

La comisión de garantía supone una alteración negocial del reparto ordinario de los riesgos en la relación de comisión o en los restantes contratos en los que puede aparecer. Mediante este contrato el comisionista se hace responsable del recto actuar del tercero asu-

⁹⁹ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio», *RDBB*, 1985, pp. 877 ss., no comportan obligación alguna.

¹⁰⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Las nuevas garantías personales», en *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 647.

¹⁰¹ Cfr. MAZZONI, «La lettere de patronage», en *AAVV, Le operazioni bancarie*, a cura de PORTALE, II, 1978.

¹⁰² Cfr. PEINADO GARCÍA, J. I., «La comisión de garantía», en *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 980 ss. GAY DE MONTELLA, *Código de Comercio Comentado*, tomo III, vol. I, Barcelona, 1936, p. 39; MINERVINI, *El Mandato. La Comisión-El contrato de comisión de transporte*, Barcelona, 1959, p. 218; GALGANO, *Diritto civile e Commerciale*, vol. II, tomo II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1990, p. 96.

miendo un riesgo que en principio, sin este pacto, debería corresponder exclusivamente al comitente a cambio de una pluscomisión.

El contrato de comisión puede ser integrado dentro de los que se conoce en la literatura económica como agencia o colaboración en sentido amplio, en los que una persona se obliga (el comisionista) a realizar una actividad en favor de la realización de un contrato.

Se parece a la fianza aseguradora porque en las dos alguien garantiza que el interés y expectativas del acreedor en el negocio jurídico será satisfecho. Pero se diferencian en que la comisión es onerosa (comisión) y es comisionista quien responde y garantiza, en cambio, la fianza aseguradora gratuita, siendo el deudor quien resulta protegido y garantizado.

En el contrato de comisión la obligación es de medios (art. 1709 Cci), en cambio en la fianza aseguradora la obligación es de resultado.

La responsabilidad del comisionista surgirá del pacto con su comitente, y en los términos, condiciones y modo en que se hubiese pactado. La conducta del tercero, si bien será el desencadenante de la responsabilidad del agente, no modificará ni calificará esta responsabilidad, sino que se incluirá como un elemento fáctico al que el convenio y la ley asociaron como consecuencia un desplazamiento del riesgo de la operación y, por ende, de la responsabilidad.

El comitente para dirigirse directamente contra el comisionista precisa del incumplimiento del tercero, sin necesidad de constituir a éste en mora.

De lo anterior no cabe deducir, según opinión doctrinal muy extendida, que al comisionista, a modo de fiador, le amparen los beneficios de excusión ni división, sino que, producido el incumplimiento, el comitente está relevado del deber de persecución de los bienes del tercero, pudiendo dirigirse directamente contra el comisionista. Entre comisionista y tercero se establece por tanto una solidaridad pasiva, que faculta al principal a perseguir el cumplimiento de cualquiera de los dos sujetos legitimados pasivamente.

8. El contrato a favor de tercero

El contrato a favor de tercero se define como una relación contractual entre dos personas determinadas, conocidas en la terminología usual en la materia como estipulante y promitente, que implica una relación obligatoria que liga a una de las partes contratantes, en concreto al promitente, con un tercero extraño,

teniendo presente que de aquel vínculo jurídico deriva un derecho de crédito que permite al tercero deducir una pretensión singular en su propio nombre ¹⁰³.

La que denominamos fianza aseguradora no es un contrato a favor de tercero, porque aunque de la misma pueda derivarse alguna ventaja indirecta o efecto reflejo a favor de un tercero, no le confiere un derecho de crédito independiente.

La doctrina alemana denomina contrato impropio a favor de tercero, o contrato con prestación para un tercero, a aquel en que el deudor se obliga únicamente con el acreedor a verificar el cumplimiento ejecutando la prestación al tercero, que sólo queda autorizado para recibir [...].

Si un fiador asegurador se compromete a reparar los perjuicios que el asegurado vaya a tener por constituirse, por ejemplo en intermediario de un suministro o iniciar una actividad empresarial, y a consecuencia de ese compromiso los acreedores del asegurado refuerzan en mayor medida su crédito, no por ello puede ser calificado el contrato de fianza aseguradora como contrato a favor de tercero, porque el citado acreedor no tiene derecho a reclamar judicialmente el cumplimiento establecido contra el fiador asegurador.

No todo contrato en el que exista una prestación dirigida a un tercero se puede sostener que se trate de un contrato a su favor y en la fianza aseguradora el tercero ni tiene derecho subjetivo derivado de su celebración, ni acción, ni está legitimado para recibir la prestación objeto de la obligación.

9. La promesa de hecho de tercero

En la promesa de hecho del tercero el promitente conviene con el promisorio en que aquél realizará a favor de éste un determinado hecho o una concreta prestación. Resulta, pues, que el promitente, a diferencia de lo que acontece con la fianza, asume una obligación autónoma y principal, cuyo contenido es lograr la actuación del tercero, y no una obligación de garantía que asegura la satisfacción del interés perseguido por la obligación existente entre aquél y el promisorio.

Como observa Gullón, sólo existe una analogía externa con la fianza, consistente en que promitente y fiador se obligan por el hecho u obligación que debe cumplir otro, siendo distinta la causa de cada una de ellas.

¹⁰³ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998, p. 52.

La fianza aseguradora es distinta a la promesa de hecho de tercero porque en ella quien resulta fiador responde por obligación propia y no de garantía.

IX. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIANZA ASEGURADORA

A) LA EFICACIA DE LA FIANZA ASEGURADORA EN EL DERECHO ESPAÑOL

En las próximas líneas trataremos de justificar la válida constitución de la fianza aseguradora de carácter personal con entidad propia y no como una especie dentro del género del seguro ni de la fianza, aunque su régimen transcurra necesariamente en la frontera que separa las garantías personales del seguro.

La fianza aseguradora es un contrato privado nacido de la autonomía de la voluntad de los particulares y sometido exclusivamente a los límites del artículo 1255 Cci. Todo el componente de normas administrativas o de Derecho público que acompañan a los seguros no deben incidir en la fianza aseguradora entre privados, cuya fuente de derechos y obligaciones es exclusivamente el contrato.

1. La causa como elemento de control

Debemos valorar si la causa de esta garantía es una causa legítima y suficiente para ser admitida por el Ordenamiento español.

La causa del negocio se entiende como su caracterización, justificación (causa eficiente) y finalidad (causa final) ante el juicio del Derecho.

Lo que se pretenda alcanzar con la realización del negocio, la atribución patrimonial de la obligación o prestación, de cada crédito y su correspondiente obligación, debe ser razonable y lícita ante el Derecho.

Por la doctrina y jurisprudencia se ha concluido que nuestro Código recoge el concepto subjetivo de causa del contrato y no de cada obligación contractual¹⁰⁴, entendida como la función económico social concreta querida por los concretos contratantes que prestaron consentimiento de la que es parte el motivo determinante

¹⁰⁴ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La causa del contrato*, Zaragoza, 1998.

incorporado¹⁰⁵, conforme o no con el Ordenamiento jurídico, produciéndose la nulidad en el segundo caso.

Si la causa es la función económico social querida por ambos contratantes¹⁰⁶ y no la función económico social que le atribuye a

¹⁰⁵ Cfr. STS de 30 de diciembre de 1985, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., cfr. Comentarios del CCJC, 1986, tomo 10, núm. 270, pp. 3387 ss.; JORDANO BAREA, «La causa en el sistema del Código Civil español», en *Centenario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 1055 y 1056.

¹⁰⁶ Cfr. STS 1.ª S de 29 de noviembre de 1989.-Ponente: Sr. Martínez Calcerrada. La Ley, 1990-1, 474.

Para entender el verdadero alcance o significado de la causa como razón de ser del contrato, no puede omitirse el peso que debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y si ésta puede explicitarse en el conjunto de las circunstancias que emergen, de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; y aunque es cierto que con ello se margina la dualidad entre la causa, como elemento objetivo trascendente, con los móviles o motivos internos de cada interesado, sin embargo, la conjunción entre ambos es posible, sobre todo si al ser lícitos los móviles particulares que implícitamente explican el negocio en su respectiva repercusión interna para cada interesado coadyuvan al hallazgo de aquel designio de razonabilidad; SAP Tarragona Secc. 3.ª S de 25 de septiembre de 1997.-Ponente: Sr. Albar García. La Ley, 1998, 1634. Aunque el TS ha oscilado en ocasiones en cuanto a la determinación de lo que es la causa de los contratos, ya que en el artículo 1261 CC no se da realmente un concepto de causa, la tendencia mayoritaria parece ser la que se desprende del artículo 1274 CC, la objetiva, entendiéndose que la causa es el fin objetivo que se persigue para cada tipo de contrato, ajeno a la intención o subjetividad que significan las motivaciones internas, las cuales son sólo acogibles cuando son reconocidas por ambas partes contratantes. Se exige para que tengan trascendencia los motivos personales que sean reconocidos por ambas partes contratantes y exteriorizados, o al menos relevantes (Cfr. TS S de 11 de abril de 1994); STS 1.ª S de 17 de febrero de 1989.-Ponente: Sr. González Poveda. La Ley, 1989-2, 4. La doctrina jurisprudencial distingue la causa de los contratos, de carácter objetivo, de los móviles subjetivos que impulsan a los contratantes, ya que, aun operando en el campo de la causa concreta, ha de ser separado del móvil meramente individual y oculto que abriga cualquiera de los otorgantes de lo que es propiamente el móvil incorporado a la causa, y como tal, integrado en el acuerdo bilateral, ya que por mucho que se acentúe el aspecto o criterio subjetivista, siempre será menester, para llegar a causalizar, una finalidad concreta, cual es que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (Cfr. TS 1.ª SS de 16 de febrero de 1935, de 20 de junio de 1955, de 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, de 27 de febrero de 1964, de 2 de octubre de 1972 y de 3 de febrero de 1981), en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto del pacto concreto, operando a manera de causa impulsiva (Cfr. TS 1.ª SS de 27 de diciembre de 1966, 3 de febrero de 1981, 1 de abril de 1982 y 30 de diciembre de 1985). 28; STS 1.ª S de 15 de febrero de 1982.-Ponente: Sr. De la Vega Benayas) RAJ, 1982, 689. Aunque el artículo 1274 CC no da un concepto genérico de causa en los contratos, sino específico de cada uno, del examen de todos se deduce un sentido objetivo, como fin que se persigue en cada supuesto contractual, ajeno a la irrelevante subjetividad de cada contratante, presuponiendo la ilicitud de la causa aludida en el artículo 1275 CC una finalidad negocial contraria a la Ley o a la moral, común a todas las partes, decididas a concluir el contrato exclusivamente por un motivo ilícito, sin que los móviles de esa índole, ocultos y utilizados por un solo de los contratantes, integren el móvil determinante de la causa, salvo que los otorgantes, de acuerdo, lo eleven a presupuesto determinante del pacto (Cfr. TS 1.ª SS de 16 de febrero de 1935, 30 de enero de 1960, 27 de febrero de 1964, 27 de diciembre de 1966 y 2 de octubre de 1972).

todos los contratos de una misma especie el Código ¹⁰⁷, corresponde justificar en este trabajo si la figura que presentamos la tiene o, dicho en otros términos, si es merecedora de amparo jurídico (*consideration*).

Dentro de las dos funciones caracterizadora y justificadora se desarrollan los criterios de apreciación de la causa. A ellas hacen referencia los artículos 1274 (sobre la causa de la prestación) y 1275 (sobre la causa del contrato) ¹⁰⁸.

Esta causa civil puede ser específica para el negocio de que se trate y en su correspondiente precepto o puede ser una causa genérica como la recogida en el artículo 1274 Cci.

Sin embargo, en los negocios atípicos de garantía como el que aquí se valora nos es obligado justificar la causa o el móvil relacionado con la finalidad perseguida y que cambia según la índole del contrato y de las características de cada contrato en particular.

En desarrollo de esta función, debemos determinar si la fianza caucional contiene una causa merecedora de ser amparada jurídicamente. Si en verdad se trata de una promesa seria y lícita de compromiso que merezca el calificativo de negocio jurídico eficaz ¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *ob. cit.*, p. 53, considerando que si parar los redactores del Code, la causa hubiese sido la función económico social desempeñada por el contrato tal como viene configurado en el mismo Código (por ejemplo, en la compraventa, cambio de cosa por precio) (al modo de la concepción «objetivista» italiana) implicaría inutilizarla casi totalmente como medio de control de cada concreto contrato, porque implicaría automáticamente la licitud de la causa de todo contrato típico.

¹⁰⁸ Para DOMAT Y POTHIER el concepto de causa se refiere a la obligación (a cada vínculo que se contrae) y no al contrato concebido como un todo unitario. En concreto hace referencia al móvil que puede consistir en la contemplación por una de las partes de una ventaja que recibirá del otro contratante o en su mera intención de beneficiar a éste. Sin embargo, la doctrina ha interpretado extensamente el planteamiento de los citados autores buscando un concepto unitario de causa, concluyendo que si para DOMAT Y POTHIER las motivaciones de cada desplazamiento patrimonial o de cada vínculo obligatorio deben gozar de determinadas características si se desea que gocen de la protección de la ley, sólo una visión unitaria de la reglamentación de intereses elaborada por las partes del negocio jurídico puede hacer comprender la interdependencia de las prestaciones de los contratantes, de manera que la satisfacción de la necesidad de uno constituye el medio para satisfacer la del otro y viceversa, siendo, por tanto, referible la causa al contrato y no a cada obligación; o, siendo más exactos, siendo el contrato sobre el que recayó el consentimiento la causa de los vínculos y de las atribuciones subsiguientes.

¹⁰⁹ Es muy ejemplificativo y conocido el texto de la Partida V, Título XIV, Ley XLVII: «... E dezimos, que la torpedad auiene tan solamente de parte de aquel que recibe la paga, o la promission, cuando le promete de pagar alguna cosa, porque no furte, o non mate ome, o non faga sacrelejo, o adulterio, o otra cosa semejante destas; de aquellas que segund natura, e segund derecho, todo ome es tenuto de guardarse de las fazer; que deue tomar, en todas guisas, aquello que recebio por aquella razon. E si non gelo ouiesse pagado, deuen quitar la promission que ouiesse fecho para pagarselo. Ca mucho es cosa desaguisada, de recibir ome ningun precio, por non fazer aquello que el por si mismo es tenuto, naturalmente, de guardarse de lo fazer».

Muchas promesas, tratos, actos de recibir, entregar, hacer o no hacer no tienen significado vinculante y se dice de ellos que no tienen causa.

La imposición de la causa debe hacerse juiciosamente para intentar controlar el contenido de las obligaciones, de modo que no se imponga el cumplimiento de promesas irracionales, inmorales, contra los intereses u opinión general, pero no debe hacerse en casos en que la figura esté jurídica y económicamente justificada ¹¹⁰.

La figura que se enjuicia en este trabajo persigue una utilidad importante como es la propia de los seguros y la circulación del crédito, aumentando la seguridad del acreedor en el sentido de que verá satisfecho su interés.

La causa de la fianza aseguradora está en el interés del asegurado de protegerse frente a la posibilidad de sufrir una pérdida directa e inmediata o daño.

De la comparación de estos principios con el tipo de garantía que se expone debe concluirse que no solamente no estaría prohibida, sino incentivada por la libertad económica y de contratación consagrada en el artículo 1255 Cci y no contradicha por las normas imperativas sobre la materia, sino más bien al contrario, atendiendo a los índices de morosidad de nuestra economía.

Las pretendidas leyes prohibitivas del ejercicio de la actividad aseguradora por los particulares no le serían de aplicación al presentarse como gratuita, sin pago de cuotas y, por tanto, sin identificación plena con el seguro. Su causa puede ser la mera beneficencia o liberalidad reconocida como tal en el artículo 1274 Cci y no perseguida por el artículo 1275.

La denominada fianza aseguradora consiste en que una persona no promete responder por el cumplimiento de la deuda, sino eliminar el riesgo del incumplimiento de la obligación, reparando el perjuicio que de ello se deriva, no frente al acreedor, sino frente a quien puede resultar deudor de una obligación.

No siempre estará exenta de onerosidad porque, mediante la fianza aseguradora, una de las partes asegura un resultado económico a la otra teniendo, la primera generalmente, interés en la celebración de un negocio jurídico distinto entre el asegurado y un tercero. Para animar al asegurado a la constitución de la relación obligatoria, le ofrece la seguridad de que no va a sufrir pérdida y perjuicio alguno. El resultado se garantiza con mayor o menor independencia de cualquier suceso y de ahí dependerá su abstracción o sustantividad.

¹¹⁰ Cfr. MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil*, tomo II, vol. I, París, 1962, p. 159.

De esta característica distinguíamos dos tipos de fianza aseguradora, no existiendo en ninguna la obligación de pagar cuotas o primas: *a)* Una, totalmente gratuita o de pura beneficencia; *b)* Otra, gratuita en cuanto al pago de primas, pero en la que existe un interés patrimonial por el fiador asegurador que no se traduce en el cobro de primas periódicas, sino en otro diverso (a la que denominamos parcialmente onerosa). En este caso el fiado-asegurado, además de recibir una liberalidad, viene obligado a realizar una prestación impuesta por el donante, identificándose en mucho con una donación modal regulada en el artículo 619 Cci. A la motivación de beneficencia se añade otra que no se identifica siempre con una motivación subjetiva relevante del donante, sino que tiene cierta importancia jurídica y obligacional para el beneficiado.

Esta actividad o empresa que inicia o ya ha iniciado el asegurado (modo o carga) en unos casos se impondrá como causa de la fianza aseguradora y en otros casos no se identificará con la causa del negocio que sigue siendo la liberalidad¹¹¹, cuestión que habrá de ser tenida muy en cuenta para calificar el negocio.

Aunque es bien sabido que el artículo 1255 Cci no constituye una cláusula de inclusión en nuestro sistema, de modo que pueda servir como habilitación de inclusión en el mismo si previamente no se soluciona la cuestión previa del test del orden público¹¹², ninguna de sus limitaciones debe preocupar la fianza aseguradora. Este precepto –se dice– no otorga particularmente validez a ninguna convención. Por tanto, el artículo 1255 no se utiliza de hecho como razón, sino como efecto de un proceso que no puede justificarse en el propio principio de autonomía. Pero es que la fianza aseguradora no sólo se justifica en la autonomía de la voluntad, sino en una justificación digna de amparo.

Nuestros tribunales han abusado en exceso de la aparente libertad que proclama el artículo 1255. Al punto que se justifica el tratamiento institucional de la autonomía de la voluntad manifestando que no puede en España calificarse de injerencia externa sin desconocer la concepción «espiritualista» del Ordenamiento de Alcalá que se mantiene en el Código de 1888 apartándose del *Code français*.

Los Tribunales, teniendo esto presente, no han tenido escrúpulos en utilizar el artículo 1255 Cci como cláusula de inclusión de nuevos contratos. Finalmente este precepto representa la consagra-

¹¹¹ Cfr. PÉREZ CONESA, C., *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1998, p. 173; BARASSI, *La teoría general delle obbligazioni*, vol. II, 2.ª ed., Milano, 1948, p. 260, la causa no está en el modo, está en el intento de liberalidad.

¹¹² Vid. CARRASCO PERERA, A., *ob. cit.* p. 7.

ción en nuestro Ordenamiento del principio de autonomía de la voluntad proclamado en los textos constitucionales (Secc. 10.^a, parr. 1.º, Constitución de los Estados Unidos, arts. 4, 5 y 17 de la Declaración de los Derechos del hombre) y en los Códigos civiles (arts. 544, 1154 Cci francés; arts. 18, 354, 860, 861 Cci austríaco y art. 1255 Cci español).

Los contratos típicos como la fianza tienen una causa típica que es la que les corresponde por su naturaleza. Éstos son vistos con especial favor por los jueces porque su causa procede de su tipificación y se considera suficiente. La fianza resarcitoria no tendrá la causa de la fianza ordinaria porque tiene complejidades o pactos que alteran su propia naturaleza ¹¹³. Como no la tienen debemos buscarla (como todos los negocios atípicos) en el artículo 1274 (reciprocidad, remuneración o mera liberalidad), sin perjuicio de que algunas de sus normas puedan aplicarse analógicamente.

Por esta vía, fuera de la fianza construida en los artículos 1822 ss., deben reconocerse otros tipos de garantía personal que pueden derogar algunas de las disposiciones que contiene el Cci por no tratarse más que de normas dispositivas.

También se pueden crear garantías independientes como la asunción acumulativa de deudas pactada entre las partes, como se reconoce por la doctrina ¹¹⁴. En términos puramente prácticos, la velocidad del tráfico jurídico y económico exige cada día con mayor vigor menos riesgos, el reforzamiento del crédito, la rapidez y pureza en su exigibilidad.

Para paliar los riesgos del crédito, los acreedores tratan de cubrirse de forma distinta, habiéndose generado una práctica de cláusulas en los contratos de crédito desconocidas en nuestra tradición jurídica, que han de ponerse sobre la mesa para examinar su necesidad y posible adaptación a los criterios dogmáticos de nuestro sistema. El principio de rechazarlas sin debate no se justifica. Además, no existe un rígido fundamentalismo de criterios en nuestro Ordenamiento, ni tan siquiera en la propia fianza que regula el Código civil, como veremos. Si se examina a fondo, se descubre que algunas características no se utilizan más que para distinguir la fianza de otras figuras semejantes.

¹¹³ Cfr. DE CASTRO. *Ob. cit.*, p. 204.

¹¹⁴ Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., *El aval cambiario*, Civitas, Madrid, 1992, p. 130, nota 283; EHEMANN, *Die Gesamtschuld*, Berlín, 1972, p. 336; NÖRR/SCHHEYHING, *Sukzessionen*, p. 410; PECHER, en *Münchener Kommentar*, p. 729; REICHEL, *Die Schuldmittelübernahme*, p. 42; REINICKE/TIEDKE, *Gesamtschuld und Schuldsicherung*, p. 114.

2. **Justificación de la fianza aseguradora. Aplicación de la causa de la fianza ordinaria por analogía**

En aplicación de esta repulsa a la creación desahogada de figuras atípicas, se incide en recurrir, dentro del tipo de la fianza tipificada en los Códigos, a cuantas normas pueden ser excluidas en virtud del principio de autonomía.

También se censura el tratamiento que ha tenido el Tribunal Supremo sobre el concepto amplio de aval al considerar las normas de la fianza (1822 ss. Cci) como típicamente imperativas.

Protesta Carrasco Perera advirtiendo que, cuando se habla de «fianza» en el sentido de modelo de referencia para otros negocios —como el contrato de garantía en sentido amplio—, se hace un uso inadecuado de las normas del Título XIV del Libro IV del Código Civil, como si se refiriesen todas a un supuesto de hecho homogéneo, como si se tratase de una continuidad de normas referidas a una realidad jurídica única¹¹⁵. El citado autor recoge varias normas (1828, 1829, 1833, 1835, 1839, 1841, 1852, 1840, 1842, 1848, 1849, 1850) que son aplicables a otras formas de concurrencia de deudores con efecto de garantía para el acreedor que permiten englobar al contrato de garantía no accesoria a que él se refiere, que es la fianza a primer requerimiento.

El esfuerzo del citado autor, sin embargo, se desvanece en materia de fianza aseguradora cuando se tropieza con el artículo 1826 que parece de tono imperativo.

No pueden negarse las similitudes de la fianza con las figuras que exhibimos pese a su diferencia jurídica. La equivalencia en su función de garantía hará que en muchas ocasiones coincidan los efectos. Por eso no podemos negar absolutamente la aplicación analógica de las normas de fianza, pero a nuestro juicio esta aplicación sólo será posible en aquellas normas que o bien tengan carácter positivo en la fianza, o bien coincidan en efectos.

En figuras atípicas como las que presentamos, la analogía habrá de jugar un papel estelar para llenar las lagunas legales, debiendo constatarse previamente si de da el supuesto de hecho objetivo que permite acudir al mecanismo integrador.

Sin embargo, no nos parece la fianza ordinaria la primera fuente integradora de las garantías en examen. Quien quisiera constituir

¹¹⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, *Ob. cit.*, p. 51. Las normas del CC no se limitan a la forma de intercesión denominada fianza, aun cuando su ubicación sistemática en el CC se haya producido en sede de este contrato... Pues bien, con esta precomprensión cabe afirmar que hay ciertas reglas del CC, disciplinadoras de la relación jurídica de fianza, que encuentran una aplicación generalizada más allá de los límites de la propia relación jurídica de fianza.

una fianza aseguradora tendría una figura más acorde, por ejemplo el contrato de seguro.

Incluso remontándonos a fórmulas contractuales históricas, como el *mandatum qualificatum* o el *constitutum*, que nace del mero consentimiento y que se diferencia en sus características de las normas imperativas de la fianza, no podría reconducirse la autorregulación de estas figuras al tipo contractual de la fianza, salvo que todas sus normas se considerasen dispositivas que no es el caso.

Para que proceda la aplicación analógica de una norma, habrá que constatar previamente si se da el supuesto de hecho objetivo que permite acudir a dicho mecanismo integrador.

3. La causa en los negocios jurídicos de garantía

En materia de garantías, por ejemplo la fianza, que es un contrato típico o tipificado, tiene como función la de garantizar personalmente el cumplimiento de una obligación principal. En palabras de Ennecerus, asegurar una obligación mediante la promesa de prestación.

Sabido es que en nuestro Derecho no existe un único concepto de causa y tampoco el artículo 1274 del Cci recoge todos los tipos contractuales ¹¹⁶.

Frente a los defensores del carácter abstracto de las garantías en general que antes veíamos, se habla de una causa *cavendi* o *intercedendi* ¹¹⁷ que, aunque no mencionada en el artículo 1274 del Cci ¹¹⁸, se reconoce su existencia junto con otras como la *credendi* causa, *solvendi* causa, *novandi* causa y todas aquellas que son conformes a los principios generales del Derecho. Significaría que las garantías ya tienen por sí su propia causa, consistente en reforzar la esperanza de cumplimiento de la obligación ¹¹⁹.

La fianza es accesoria e instrumental porque su razón de ser está en reforzar el derecho principal, dándose un anexo funcional entre

¹¹⁶ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ L. H., *La causa del contrato*, Zaragoza, 1998, p. 29. El artículo 1274 no contempla todos los tipos contractuales, dado que nos encontramos ante un Código típicamente latino y decimonónico, que opera de modo ejemplificativo y mediante pinceladas que están destinadas a provocar la analogía y la inducción, no frente a un Código que actúa mediante formulaciones abstractas y omnicomprendivas como el BGB.

¹¹⁷ Expresión utilizada por BADOSSA y CASANOVAS, A., *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona, 1984.

¹¹⁸ Artículo 1274 CC: «En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (138)».

¹¹⁹ Cfr. VON THUR, *Derecho Civil*, III, p. 198.

la obligación de garantía y la obligación asegurada sin que lleguen a fundirse.

Esta interdependencia se ha utilizado en nuestro Ordenamiento Jurídico en contra de la elaboración de figuras parecidas a la que exponemos. Así se dice (refiriéndose a la estipulación a favor de tercero, la delegación imperfecta y la carta de crédito) que, atendiendo a la regla de orden sistemático que hace referencia a la existencia de distintos niveles dentro de un sistema jurídico, no puede darse una comparación diferenciadora entre aquéllas y la fianza ¹²⁰.

Sin embargo, la figura propuesta sí es medible frente a la fianza por tratarse precisamente de un contrato, aunque sea atípico. El negocio que presentamos en este trabajo es de los denominados atípicos o innominados, por consiguiente habrá que realizar sobre ellos el control individualizado comenzando con la posibilidad de la aplicación analógica de la causa típica (en este caso de la fianza configurada como *intercedendi* causa), para pasar a defender separadamente por qué y para qué de estas figuras, su justificación, moralidad y eficacia.

Las garantías personales no necesitarían una contrapartida o contraprestación de la otra parte para ser negocios causales. Así como los negocios principales –compraventa, préstamo etc.,– tienen una función económica por la que se les reconoce su eficacia jurídica, las garantías tendrían la suya propia que es la de procurar mayor ventaja para el acreedor.

Si toda garantía –incluida la fianza– trata de asegurar la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de la obligación principal al constituir ésta, ninguna de las figuras que se presentan son merecedoras de peor trato. Cualquier medio que asegure el cumplimiento de una obligación o el goce de un derecho no puede considerarse irregular y no tendría por qué contrariar el orden público desde el punto de vista del Derecho sustantivo.

La función económica de la institución que exhibimos, reforzando el crédito, parecería que le auguraba un desarrollo extraordinario en el tráfico dado que en los negocios de garantía la causa viene determinada necesariamente por la finalidad aseguradora de los mismos ¹²¹.

¹²⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, *Últ. Ob. cit.*, p. 6. «Así –dice– todo el mundo estará de acuerdo en que no se puede comparar “compraventa” con “prescripción” ya que no están en el mismo nivel de funciones reguladoras dentro del sistema.»

¹²¹ Cfr. DE CASTRO, *ob. cit.*, p. 188; EHEMANN, *Die Gesamtschuld*, p. 340; GETE ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, p. 533; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, p. 367 ss; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 59 ss.

La causa típica de esta figura es la garantía, no sólo del acreedor sino del que resulta deudor perjudicado. Pero hay quien ha defendido que la garantía no es un tipo de negocio en sí mismo¹²² manifestando que la subjetividad es intrínseca a la fianza y que la objetividad va en contra de la consideración de fianza.

Pero más que el negocio, en nuestro Ordenamiento, por mor del artículo 1284 del Cci, importa conseguir el efecto siempre que esté justificado. La justificación de apartarse del régimen de la fianza accesoria del Código civil ya se ha visto que no es intrascendente para el tráfico jurídico y económico.

De esta definición se perfilan bien los contornos que diferencian la fuerza justificadora de la causa de la que hemos hablado anteriormente, de la función de dependencia entre dos obligaciones.

Otra posibilidad es ver la causa de las garantías en la ampliación de agresión del acreedor sobre los bienes del fiador, cualquiera que sea la causa del negocio asegurado¹²³.

Independientemente de que el concepto de causa no sea pacífico, no es descabellado decir que la fianza aseguradora en estudio la tiene, en el sentido más extendido y bien fundamentada. Su causa, ya se ha dicho, es la de dar la mayor garantía al titular de una relación jurídica que conlleva un riesgo.

Su causa parecería la del seguro pero se desarrolla en un negocio jurídico gratuito, por lo que ha de buscarse su causa en la mera liberalidad de los contratos de pura beneficencia.

Sin embargo, por los motivos que se expondrán, la fianza aseguradora no cabe construirla sobre todos los dogmas de la fianza ordinaria, lo que no debe suponer la negación de toda aplicación analógica de aquellos preceptos del Código.

La fianza ordinaria necesita como presupuesto de existencia una obligación principal de la que la primera depende. Esta accesorieidad no existe en la fianza aseguradora que es independiente de la obligación principal.

B) EL DERECHO DE REEMBOLSO

Ya hemos reiterado que en la fianza aseguradora para que alcance su propio carácter y efecto, debe presumirse la inexistencia del derecho a reembolso frente al asegurado.

Pero el derecho de subrogación no sólo se limita frente al asegurado, sino que, en la fianza aseguradora, el derecho de subroga-

¹²² ANGELONI, *La cambiale e il vaglia cambiario*, 4.ª ed., Giuffrè, 1964, p. 207.

¹²³ Cfr. RAVAZZONI, voz «Garanzia», en *Nuovo Digesto Italiano*, p. 280, p. 105; FRAGALI, *ob. cit.* pp. 126 ss.; GUILARTE, *ob. cit.*, p. 75.

ción es posible que tampoco tenga lugar contra el causante del daño, lo que le diferencia también del seguro.

Este es su efecto más paradigmático frente a otro tipo de garantías y seguros. En este caso se cumpliría el efecto normal del pago recogido en el artículo 1156 Cci que es la extinción de la relación obligatoria. Régimen que no es extraño a nuestro Ordenamiento al permitirse esta falta de reembolso en la asunción de deuda en la que el asuntor por la intercesión hace propia la deuda ajena.

La falta de reembolso frente al garantizado se justifica en la asunción acumulativa al resultar de su constitución dos patrimonios afectados a dos obligaciones con el mismo contenido. Pero cualquiera de los dos deudores (el primitivo y el asuntor) que pague, extinguirá la obligación.

El artículo 1209 Cci entiende que la subrogación no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código, en donde no se regula la fianza aseguradora por ser un contrato atípico.

El seguro regula una subrogación *ex lege*, de la que no puede participar la fianza aseguradora, por lo que el fiador asegurador no tiene contemplado legalmente, como en los seguros, derecho de reembolso frente al causante del daño.

La naturaleza jurídica de la subrogación en los seguros es distinta que la del tercero que se subroga en los derechos del acreedor (art. 1203.3.º Cci) y no encaja en ninguno de los casos previstos en el artículo 1210, ni en la subrogación del fiador frente al deudor principal (art. 1838 Cci) ya que la obligación del asegurador nada tiene que ver con la del fiador, que consiste en pagar o cumplir por un tercero. Se trata, la de los seguros, de una subrogación *ope legis* en cuanto pague la indemnización y el tercero haya sido responsable (art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro).

Atendiendo a estos preceptos el fiador asegurador parece no tener derecho de subrogación. Pero atendiendo a otros preceptos del Código civil la conclusión debe ser la contraria.

En primer lugar, en nuestro Ordenamiento Jurídico se admite la subrogación convencional junto con la legal (fundamentándola en el art. 1255 Cci, también en la dicción literal del artículo 1209.2 y en el art. 1159 situado en sede de pago de las obligaciones ¹²⁴).

¹²⁴ Cfr. GARCÍA AMIGO, *ob. cit.* p. 559. Dicha subrogación requiere, al menos, estos dos factores: A) Que se establezca con claridad, como dice el artículo 1209 del CC; es decir, que no haya lugar a dudas. B) Que el pago se realice con aprobación del deudor (art. 1210.2), o al menos, no ignorándolo el deudor (art. 1159). En otras palabras, no todo pago hecho por tercero da lugar a la subrogación, sino sólo cuando concurren ambas exigencias; en otro caso, el pago de tercero dará lugar al reembolso de lo pagado –pago sin voluntad contraria al deudor o al reembolso de lo pagado útil al deudor– si hay voluntad contraria al pago del deudor (art. 1158.2 y 3).

Esto obligaría a pactar siempre en la fianza aseguradora el derecho de reembolso.

Pero además, en segundo lugar, a efectos de la presunción del artículo 1210.2.º Cci el fiador asegurador no sólo paga con aprobación expresa o tácita del deudor, en el caso de que el riesgo consista en el incumplimiento de una obligación, sino que en ocasiones lo hace teniendo interés en el cumplimiento de la obligación a efectos del artículo 1210.3.º Cci.

Aquí sí es importante distinguir (a efectos de subrogación) la fianza aseguradora por mera liberalidad de la realizada por interés del asegurador aunque no siempre sea patrimonial. La distinción tiene importancia a efectos de argumentar que el que asegura, en ocasiones, está más interesado que nadie en la trabazón de una relación jurídica más compleja y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1210.3.º Cci, tendría derecho a subrogación y que además paga no sólo con aprobación expresa del deudor, sino porque así se ha comprometido a hacerlo.

Pese a ello, lo cierto es que lo que disponen los artículos 1209 y 1210 no tiene carácter imperativo y puede renunciarse a ese interés, pactando la no subrogación, como en los seguros.

Lógicamente el fiado asegurado, en aplicación del principio del *neminem laedere* y de buena fe, no puede librarse de su propia responsabilidad en los casos de actuación negligente o malintencionada.

Además, el asegurado, para evitar el enriquecimiento sin causa y no contradecir el principio indemnitario de los seguros, no podrá reclamar indemnización al causante del daño y simultáneamente al asegurador. Sin embargo si el asegurado ha sido resarcido sólo parcialmente del daño, como ocurre con el infraseguro por aplicación de la regla proporcional, es justo que conserve acción contra el causante del daño, por la parte no cubierta por el seguro.

Finalmente, la diferencia existente entre los artículos 1210.2 (que exige aprobación expresa o tácita del deudor) y el artículo 1159 que habla sólo de la no ignorancia del deudor respecto del pago, debe inclinarse a favor del artículo 1159 en la subrogación legal cuando el tercero paga sin acuerdo previo con el acreedor, bastando la no ignorancia del deudor, es decir, el simple conocimiento. Pero en la subrogación convencional es distinto ya que el pago es realizado con la aprobación, expresa o tácita, del deudor.

Deben distinguirse por tanto los siguientes supuestos:

a) El caso en el que aquel que paga no tiene interés alguno en la obligación (1210.2) pero lo hace con el acuerdo expreso o tácito

del deudor. En este caso se produce la subrogación legal, en la que no se necesita el acuerdo del deudor.

b) El del que paga y no tiene interés alguno en la obligación y la paga ignorándolo el deudor. En este supuesto se reembolsa por lo pagado o por lo útil al deudor (art. 1158).

c) El supuesto de que el que paga no tiene interés alguno en la obligación y la paga en contra de la voluntad del deudor, en cuyo caso se reembolsa por lo pagado o por lo útil al deudor (art. 1158).

d) Finalmente, el que paga lo hace con consentimiento y aprobación de ambos acreedor y deudor y por consiguiente con interés en la obligación. Se señalan como interesados en el pago el fiador y el deudor solidario.

El fiador se subroga por el pago en todas las deudas que el acreedor tenía contra el deudor (1839) ¹²⁵.

También el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización (art. 43 LCS).

Otros supuestos contemplados legalmente son el recogido en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria (1205 Cci, 157 Ley Hipotecaria y 230 a 232 del Reglamento Hipotecario) o el artículo 1186 Cci que recoge un supuesto de subrogación en lo que quede de la cosa por parte del acreedor cuando aquella se pierde sin culpa del deudor: «Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta» ¹²⁶.

¹²⁵ El deudor solidario que paga se subroga en el crédito frente a los demás codeudores solidarios «salvo que los efectos de la confusión en cuanto a la posición que le corresponda» (art. 1210.3). Esta posición no concuerda con lo dispuesto en el artículo 1145.2, ya que según éste: «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus deudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo». Esto quiere decir que no hay subrogación, al menos en la solidaridad. Además según el artículo 1145.1, el pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. Si se extingue la obligación ya no puede haber subrogación en la misma obligación. No se trata por tanto de un claro supuesto de subrogación por exigir tanto la legal como la convencional el mantenimiento de la relación obligatoria, con identidad de todos los elementos distintos al primitivo acreedor: el mismo deudor, la misma prestación, idénticas garantías y derechos secundarios o accesorios.

¹²⁶ El artículo 1186 concede al acreedor lo que se ha llamado «residuos jurídicos» de la cosa que el acreedor debió recibir mediante una subrogación *ex lege*. La doctrina extendió esa concesión a los residuos materiales. POTHIER ponía como ejemplo la piel del buey que se debió entregar, por no producirse una extinción plena. Cabe también dentro de esta multiplicidad de regímenes, la subrogación total y la parcial, según que el pago haya sido total o parcial. En este sentido se pronuncia el artículo 1213, a tenor del cual «el acreedor a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud de pago parcial del mismo crédito». El artículo 1213 contempla un supuesto, que se puede extender a otros, de mancomunidad de acreedores en una relación obligatoria, reputándose créditos y deudas distintos. Además establece un orden de preferencia a favor del acreedor antiguo que también podrá alterarse convencionalmente.

Se trata de supuestos regulados legalmente en los que no se contempla el acuerdo con el acreedor que sí puede establecerse en la fianza aseguradora.

La subrogación legal y la convencional exigen el mantenimiento de la relación obligatoria, con identidad de todos los elementos distintos al primitivo acreedor: el mismo deudor, la misma prestación, idénticas garantías y derechos secundarios o accesorios.

Así lo dispone el artículo 1212 del Cci: «la subrogación transfiera al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas»¹²⁷.

Vemos que aparecen una cantidad de regímenes distintos que pueden ser pactados convencionalmente. Y con el mismo fundamento podrá renunciarse al derecho de subrogación o reembolso.

Si un tercero paga con conocimiento del deudor de origen, salvo pacto en contrario, a la acción de reembolso prevista en el artículo 1158.2.º Esta conclusión ha sido corregida jurisprudencialmente entendiendo que si el pago lo ha hecho por interés en el cumplimiento se presume la subrogación prevista en los artículos 1159 y 1210 Cci (cfr. STS de 1 de julio de 1904 y 30 de diciembre de 1931).

Si paga ignorándolo el deudor, sin propio interés, no tiene derecho a subrogación sino de reembolso por lo que hubiere pagado (1159).

Finalmente en el caso de que lo haga con su oposición podrá reclamar en lo que el deudor se haya enriquecido (1158.3.º).

Sin embargo habrá de estarse a lo pactado entre los deudores que pudieron constituir la garantía de forma solidaria, parciaria, mancomunada, subsidiaria, accesoría, omnibus, frente a todo perjuicio, etc.

¹²⁷ Cfr. STS de 13 de diciembre de 1988 y 15 de noviembre de 1990: «Se transfiera el crédito de tal manera que los efectos de ese precepto se producen cuando el crédito se transmite en toda su integridad, extensión y contenido, sin más alteración que el cambio de persona, la del cedente (acreedor antiguo) por el cesionario (acreedor nuevo), como nuevo acreedor, sin perjuicio claro está, de las relaciones que se originen en el aspecto interno entre el subrogante y el subrogado, pero no con proyección a terceros, pues éste (el deudor) con quien queda obligado es con el que se subroga».

Nuestro Ordenamiento Jurídico no admite los negocios sin causa. Por el contrario en el Derecho alemán sí son permitidos estando limitados los deudores acumulados de una u otra forma para oponer al acreedor excepción alguna que derive de la relación básica o subyacente que le ligara con el antiguo deudor.

Esto no ocurre de igual manera en el Ordenamiento Jurídico español que tan sólo alcanza a dar por válida la abstracción procesal o formal, prosperando la ineficacia del negocio si se llega a probar que no tenía causa o que la que tenía es ilícita. Se habla por tanto de la necesidad de causa en términos generales y para todos aquellos contratos en que expresa o tácitamente las partes del mismo hayan querido tenerla.

C) RÉGIMEN DE EXCEPCIONES

El problema de las excepciones oponibles por el asegurador también dependerá de cómo o con qué naturaleza se haya constituido la fianza aseguradora por tratarse de un contrato atípico (onerosa o de pura beneficencia).

También dependerá de la relación personal a la que nos refiramos, siendo posibles las siguientes:

1. Relaciones entre el fiado asegurado y fiador asegurador

La fianza aseguradora es gratuita porque el asegurado no paga precio como en la fianza civil onerosa en la que paga el precio el acreedor y como en el seguro que paga el precio el asegurado.

En el seguro se está pagando una prima al asegurador por haberle trasladado el riesgo de un siniestro y, además, una vez satisfecha la indemnización, en la hipótesis que acontezca el siniestro, puede subrogarse en los derechos y acciones que correspondan al asegurado contra las causantes del daño para resarcirse de lo pagado.

Nada de esto ocurre en la genuina fianza aseguradora (por pura beneficencia) porque al afianzado se le cubre de cualquier riesgo o perjuicio de modo que no se puede ir contra él después de haber soportado el daño, y tampoco contra quienes lo han producido cuando se pacte en contrario, salvo que se produzca un enriquecimiento sin causa.

No tendrá lugar el enriquecimiento sin causa contra el asegurado cuando la fianza aseguradora sea totalmente gratuita, ni cuando esta garantía no es totalmente gratuita o inocente para el fiador, entendiendo estos calificativos en el sentido de no obtener éste beneficio alguno. En ocasiones debemos hablar, desde el punto de vista de la relación negocial que se forma con la fianza aseguradora, como de una fianza onerosa no porque el fiador perciba una cantidad de dinero, sino también cuando el garante reciba una ventaja o beneficio a consecuencia de que el deudor-intermediario participe en el indicado negocio, actividad o empresa.

En ambos casos habrán de aplicarse analógicamente las normas del seguro y principios generales de nuestro Derecho.

Entre los principios son de aplicación el del enriquecimiento sin causa o el de la buena fe. Entre las normas de la Ley de Contrato de Seguro, el artículo 19 que dispone: «El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado»; el artículo 10, rescisi-

sión en caso de inexactitud de la declaración del riesgo; el artículo 12, facultad de rescindir cuando tuvo conocimiento de la agravación del riesgo; artículo 17, liberación del asegurador cuando el asegurado no ha aminorado las condiciones del siniestro con manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador.

La obligación de indemnizar depende de la realización del siniestro en el tiempo y lugar previstos en el contrato; de la relación causal entre el evento previsto y el daño producido; de la existencia o no de dolo o culpa grave del asegurado, y de la demostración del daño.

Cuando se constituye gratuitamente alcanza un grado mayor de abstracción y el asegurador no podrá ni siquiera utilizar las excepciones reales (por ejemplo, si el siniestro viene representado en el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación, no se podrá oponer la prescripción de la deuda, etc.).

2. Relaciones entre el asegurador y el causante del daño

El carácter autónomo y sustantivo del seguro y de la fianza aseguradora la convierte en una obligación con suficiente abstracción en las relaciones entre el asegurador y el causante del riesgo.

Sin embargo, la gratuidad también constituye la característica que acerca la fianza aseguradora a la fianza ordinaria del Código Civil, de carácter accesorio.

En segundo lugar, distinto del anterior, se encuentran aquellas excepciones que pudiera oponer al asegurador el causante del daño que derivan de la relación subyacente entre él y el asegurado. Por ejemplo, si esta relación es nula, carece de causa o su causa es ilícita. Para su solución habrá de estarse a lo pactado y al conocimiento que tenía de las circunstancias de la obligación el asegurador.

La garantía de todo perjuicio debe estar delimitada en su extensión. La persona del deudor primitivo no desaparece de la obligación (que prohíbe el artículo 1205 Cci), sino que con la fianza aseguradora se añade un nuevo patrimonio a la misma.

No se trata por tanto de una fianza porque aunque en ninguna de las dos figuras se produce la liberación del deudor originario o principal, el fiador cumple su propia obligación y el tercero que asume la deuda cumple la obligación del deudor principal. Además, en la fianza aseguradora, nacida de pacto entre deudor y tercero, cabe su resolución o modificación por estipulación contraria sin posible interferencia del acreedor, mientras que en la fianza, la situación del fiador no puede alterarse por ningún pacto con el deudor princi-

pal, ya que, normalmente, para que la fianza exista requiere la perfección de un acuerdo con el acreedor ¹²⁸.

Pero resulta que es posible que el acreedor se adhiera a la fianza aseguradora, en cuyo caso el acuerdo en principio formalizado por el deudor y el tercero adquiere también carácter vinculante frente a aquél. En este caso —dice Guilarte ¹²⁹— se oscurece el matiz diferenciativo, aunque se mantendrá siempre que la realidad de dos obligaciones, principal y accesoria, en la fianza, frente a la existencia de una relación obligatoria, con un sujeto pasivo, y un responsable de indemnizar en el caso de que exista siniestro en la fianza aseguradora.

El contrato de fianza aseguradora suele ser bilateral e incluso plurilateral, formando parte de relaciones jurídicas complejas en las que existen prestaciones y contraprestaciones entre varios intervinientes. Otra cosa es que la fianza puede independizarse de tales relaciones antecedentes que expliquen su nacimiento.

Así en el ejemplo de la relación trilateral entre el productor de leche, el intermediario y el distribuidor, éste garantiza al segundo para que no sufra ningún tipo de pérdida, pero a la vez existen obligaciones del productor y del intermediario que explican todas las prestaciones. Otra cosa distinta es si dichas prestaciones pueden considerarse recíprocas si nada se dice al respecto.

Desde este punto de vista esta garantía caucional puede considerarse onerosa cuando a fin de obtener el reforzamiento del crédito que aquélla implica, el acreedor realice o prometa realizar cualquier prestación o ventaja a favor del fiador o del deudor principal ¹³⁰.

En definitiva, cuando va destinada a cubrir el riesgo derivado del incumplimiento de una obligación, esta garantía se presenta como un contrato a favor de tercero, de modo que el fiador asume la condición de promitente, el acreedor principal la de beneficiario y el deudor, o un tercero interesado en procurar la garantía, la de estipulante. Es una fianza caucional en garantía de las consecuencias que pueden derivar del ejercicio de una actividad determinada.

Algunas opiniones consideran que la fianza es un contrato unilateral que queda perfeccionada una vez transcurrido el término, que la naturaleza del negocio o los usos requieren sin que el acreedor, al que se le ha comunicado el compromiso de afianzar, se haya opuesto a la oferta ¹³¹.

¹²⁸ Cfr. GUILARTE *ob. cit.* p. 41; BARBERO, *ob. cit.*, III, p. 269.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹³⁰ Sobre el carácter oneroso o gratuito de la fianza en nuestro Derecho, Cfr. GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 75 ss.

¹³¹ Cfr. MORETTI, «Fideiussione», en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1968, p. 108. En igual sentido la sentencia de 14 de noviembre de 1988 que reconoce que la aceptación tácita por el acreedor es suficiente para la efectividad de la fianza.

El esquema es parecido al de las fianzas judiciales en que el beneficiario no es el acreedor, sino el deudor.

Sin embargo caben muchas dudas acerca de la posibilidad de ejercitar el regreso por parte del fiador una vez que ha pagado. En el seguro no hay regreso, pero por ello cobran una prima, sin embargo los fiadores de esta clase de garantía no suelen cobrar prima alguna. En estos casos deberá jugar como criterio de equilibrio el enriquecimiento sin causa.

La inscripción constitutiva a debate

CARMEN JEREZ DELGADO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO.—I. *Planteamiento de las cuestiones.* 1. Introducción. 2. Cuestiones.—II. *Referencias previas a un debate sobre la inscripción constitutiva.* 1. Una aproximación práctica. 2. La aclaración conceptual.—III. *Los datos para el debate.* 1. La mente del legislador. 2. La opinión de la doctrina. 3. La compatibilidad de la inscripción constitutiva con el sistema jurídico español. 4. Una propuesta de *lege ferenda*. 5. Cuestiones colaterales. 6. Resultado.

I. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

1. Introducción

En un momento en que la coordinación Catastro-Registro se está abordando con decisión, en un momento en que el acceso a los datos registrales a través de Internet se hace asequible a todos, consultando a través de las Oficinas del Registro competente, ¿por qué seguir anclados en un sistema de clandestinidad de derechos reales, en el que las transmisiones de inmuebles se producen al margen del Registro de la Propiedad y en el que la inscripción se limita —como regla general— a declarar lo que ya ha tenido lugar fuera del Registro? ¿Por qué no adoptar un sistema de inscripción constitutiva, en el que la inscripción registral sea necesaria para que surta efectos la transmisión inmobiliaria derivada de un contrato?

2. Cuestiones

El debate sobre la conveniencia de adoptar en España la inscripción constitutiva puede abrirse a partir de las siguientes cuestiones:

1. ¿Existe una tendencia, en el seno de nuestro Ordenamiento, hacia la inscripción constitutiva? ¿Es una tendencia seria –operativa–, o sólo dialéctica –teórica–? ¿Hasta qué punto se planteó el legislador hipotecario la posibilidad de adoptar un sistema de inscripción constitutiva? Si se lo planteó, ¿podemos decir que se descartó esta idea; o en realidad se ha pospuesto?

2. En la actualidad ¿existe una verdadera voluntad o intención de adoptar la inscripción constitutiva? ¿Es partidaria nuestra doctrina de transformar el sistema inmobiliario registral en este sentido?

3. La inscripción constitutiva, ¿es compatible con nuestro Ordenamiento, o supone una ruptura con algunas de nuestras Instituciones? Adoptar la inscripción constitutiva, ¿supondría ruptura o desarrollo del sistema?

4. En caso de adoptar la inscripción constitutiva, ¿qué adaptaciones de nuestro Ordenamiento habría que realizar? Al final de este estudio apuntaré una propuesta de *lege ferenda*.

II. REFERENCIAS PREVIAS A UN DEBATE SOBRE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

1. Una aproximación práctica

Una condición adecuada para abordar el tema de la inscripción constitutiva es contemplar de cerca el funcionamiento de nuestro sistema inmobiliario, con sus mecanismos –ordinario y extraordinario– de adquisición del inmueble, a fin de lograr una aproximación práctica a los conflictos que plantea el régimen vigente. Nos servirán para ello los dos casos siguientes:

Pensemos en primer lugar en la persona que adquiere un inmueble por el mecanismo ordinario previsto en la ley. Tiene su título de compraventa y le han entregado la posesión del bien, incluso se ha escriturado el contrato ante Notario. Conforme a la ley, ya es propietario (arts. 1095, 609 y 1462 CC). El vendedor, que sigue figurando como titular registral, vende el inmueble por segunda vez a un tercero de buena fe, que inscribe su título en el Registro. En este

caso, el Ordenamiento tolera una adquisición *a non domino* y el tercero queda protegido en su adquisición frente al verdadero titular del bien (art. 34 LH). No podemos hablar de verdadera transmisión del bien, pero sí de la adquisición del mismo en virtud de la seguridad del tráfico jurídico. Lo cierto es que el verdadero propietario extrarregistral se verá privado del bien, y ni siquiera parece claro que pueda exigir una indemnización por incumplimiento del vendedor, que le entregó la cosa ¹.

Pensemos ahora en la propietaria de un inmueble arrendado, que confía plenamente en que la escritura pública de compraventa le ha hecho propietaria y que, como tal, es protegida frente a todos por el Ordenamiento. Esta mujer no ha inscrito en el Registro de la Propiedad su título. La Seguridad Social embarga el bien por deudas del titular registral, que es aún el antiguo propietario. La mujer recibe noticia de ello a través de la arrendataria del local, pero confía tanto en su escritura que llega a perder el bien, al ser éste adjudicado en pública subasta a un tercero de buena fe que inscribe su título en el Registro. Es cierto que pudo defenderse mediante una tercería de dominio, y que –aun después– puede intentar que se declare nulo el procedimiento de embargo y se declaren con ello nulas todas las actuaciones derivadas de él ². Pero es más cierto aún que la confianza depositada en la escritura pública ha quedado defraudada, y que esto se ha traducido –cuando menos– en un coste en litigios.

Nadie negará que el origen de estos problemas está en la falta de adecuación de la realidad a lo publicado por el Registro. Es lógico pensar que todos coincidimos en que esa aproximación es deseable. Discutamos por tanto acerca de los mecanismos de que disponemos para lograr esta aproximación.

A través de los dos casos propuestos hemos comprobado que el sistema español de adquisición inmobiliaria es dual: se dispone un mecanismo ordinario de adquisición del inmueble ³ y existe, a la

¹ Al menos, así lo entendió el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de junio de 2000, que comento críticamente en el Anuario de Derecho Civil (Fascículo IV-2001).

² Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993 y el comentario crítico a la misma en CCJC, núm. 31, 831, de GORDILLO CAÑAS.

³ Como es sabido, el sistema español ordinario de adquisición derivada de contrato no distingue entre bienes muebles e inmuebles (arts. 609, 1095 y 1462 del Código Civil). Sobre la base de la teoría del título y el modo, el legislador español exige, para que surta efectos la transmisión derivada de contrato, que exista título y modo que –tratándose de contratos– será la entrega apta para producir el efecto traditorio (por tanto, un sujeto con poder de disposición sobre el bien lo entrega al adquirente, que lo toma en el mismo concepto querido por ambos y expresado en el contrato). El hecho en sí de la entrega puede realizarse bajo cualquiera de las formas admitidas (arts. 1462 y siguientes del Código Civil).

vez, la posibilidad de adquirirlo *a non domino* por una vía que sólo puede ser calificada como extraordinaria ⁴ (por cuanto es contraria a los principios básicos de la transmisión: *nemo dat quod non habet*) ⁵. El resultado es un sistema flexible, que exige diligencia a todos y buena fe a terceros. Puede afirmarse que es un sistema satisfactorio, que tiene una coherencia interna, y que es digno de elogio ⁶.

Partiendo de esta base, cabe preguntarse sobre la conveniencia de mejorarlo introduciendo mecanismos que logren una mayor aproximación entre la realidad y lo publicado por el Registro: en concreto, la posibilidad de dotar a la inscripción registral de un mayor protagonismo en el procedimiento de transmisión inmobiliaria derivativa *inter vivos*.

2. La aclaración conceptual

Para abordar la cuestión de la inscripción constitutiva se hace indispensable, además, la aclaración conceptual.

2.1 Al hablar de inscripción constitutiva algunos piensan en sistemas cerrados en torno al Registro, en los que sólo lo publicado por el Registro tiene realidad jurídica ⁷. No es así necesariamente: Cuando hablamos de sistemas de inscripción constitutiva nos estamos refiriendo aquí a sistemas como el alemán, el suizo, el holandés, el chileno o el austriaco, en los que la inscripción registral es necesaria para la eficacia de la modificación inmobiliaria derivada de un negocio jurídico *inter vivos*. Por ejemplo, para adquirir por compraventa o por donación. Pero en estos sistemas se admite la

⁴ La adquisición del inmueble *a non domino* la permite el legislador sólo cuando el adquirente a título oneroso haya cumplido los requisitos exigidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (adquiere de titular registral e inscribe su título en el Registro de la Propiedad), siempre en atención a su buena fe y a la protección que merece la confianza en la apariencia, en aras del interés general de la seguridad del tráfico jurídico.

⁵ Sobre esta dualidad es aconsejable leer el trabajo de José María MIQUEL GONZÁLEZ: «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, 1998, núm. 1, pp. 45-61.

⁶ Sin temor a excedernos en lo dicho, así lo demuestran las múltiples consultas de otros países sobre nuestro sistema registral (véase, por ejemplo, el trabajo de POVEDA DÍAZ: «El Registro de la propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial», en *La Ley*, 1997-1, pp. 2057-2062).

⁷ En este sentido, por ejemplo, la Base núm. 52 para el Proyecto de Código Civil (1843), de Luzuriaga [*«Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público, y se establecerá, si bien como una medida transitoria, que la inscripción ha de ser extensiva a los títulos de adquisición anteriores a la publicación del Código»*]; o –tiempo después– la propuesta de GÓMEZ GÓMEZ, Lema: “Inscripción sola traditio”, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 1-53. Estos modelos son excesivamente rígidos, por lo que es razonable que sean suavizados.

existencia, en ocasiones, de una realidad jurídico–inmobiliaria no publicada en el Registro (por ejemplo, la titularidad derivada de sucesión *mortis causa* puede no constar en el Registro). El hecho de que la inscripción sea constitutiva para las modificaciones derivadas de contrato, garantiza suficientemente la aproximación entre lo publicado y la realidad, en la medida en que, además, el titular extrarregistral (en el ejemplo anterior, el adquirente *mortis causa*) sólo podrá disponer del bien por contrato, inscribiendo antes su título en el Registro ⁸.

2.2 Otro obstáculo conceptual es de origen histórico y quizás hoy no tiene ya importancia, aunque sí fue un impedimento en su día para que la mente del legislador del XIX se abriese a un sistema que dotara a la inscripción de una mayor eficacia para todo tipo de derechos (no sólo la hipoteca): Al promulgarse nuestra primera Ley Hipotecaria (1861), teníamos como precedente de todo Registro las antiguas Contadurías, ideadas para tomar razón de aquellos derechos sobre inmuebles que –por no contener la facultad de poseer la cosa– carecían de visibilidad y por lo mismo de publicidad. Se partía de este concepto para regular el Registro, cuando en realidad es éste un instrumento al servicio de una función mucho más amplia. Aunque algún autor subraye todavía aquella finalidad ⁹, lo cierto es que el Registro es una institución distinta. Mas, por que se identificó con su precedente –las Contadurías–,

⁸ Estos sistemas diversifican el régimen jurídico de las transmisiones inmobiliarias, del de las mobiliarias. Por ejemplo, en Alemania, el § 873.1 BGB dispone que *para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica, y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro, en tanto que la ley no prescriba otra cosa*. En Suiza, el artículo 656 del Código Civil suizo exige la inscripción en el Registro para que surta efectos la transmisión derivada de contrato: *1. La inscripción en el Registro inmobiliario es necesaria para la adquisición de la propiedad inmobiliaria. 2. Aquel que adquiere un inmueble por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa o sentencia, deviene en todo caso propietario antes de la inscripción, pero sólo puede disponer en el Registro inmobiliario cuando esta formalidad ha sido cumplida*. También en Holanda se requiere inscripción para la adquisición inmobiliaria derivada de contrato. Dice así el artículo 3:84 del Código Civil holandés: *Para la transmisión de un bien se requiere una tradición en virtud de un título válido realizado por el que sea capaz de disponer del bien; y añade el artículo 3:89.1 del mismo texto legal: La tradición exigida para la transmisión de cosas inmuebles se realiza por un acta notarial redactada entre las partes, destinada a tal fin, seguida por la inscripción de la misma en los registros públicos destinados a tal fin. Tanto el adquirente como el enajenante puede procurar que se inscriba el acta*. Análogamente, el artículo 3:98 del Código Civil holandés extiende la norma a la *constitución, la transmisión y la renuncia de un derecho limitado sobre inmueble*. La tradición de los bienes muebles se realiza proporcionando al adquirente la posesión de la cosa (artículo 3:90.1 del Código Civil holandés).

⁹ En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO, en «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», 1957, en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, 1973, pp. 323-388, p. 331.

chocó con la implantación de un sistema inmobiliario de corte germanista-tradicional ¹⁰.

En efecto, el legislador hipotecario español está pensando sobre todo en dotar de seguridad al crédito territorial (por tanto, en la necesaria publicidad de la hipoteca), para así lograr la movilidad de capitales y, con ello, el crecimiento y el desarrollo de la economía nacional ¹¹.

III. LOS DATOS PARA EL DEBATE

1. La mente del legislador

Avanzando ya en la respuesta a los interrogantes planteados al inicio, nos detenemos brevemente en los dos grandes momentos de la legislación hipotecaria: 1861 y 1944-46. Es aquí, atendiendo a las voces que se iban levantando a lo largo del proceso legislativo, donde percibimos las prevenciones y las motivaciones que fraguaron finalmente nuestro sistema inmobiliario. Descubrimos, en la voz de aquellos juristas, que si hasta el momento no se ha adoptado la inscripción constitutiva no es porque la doctrina desconozca sus ventajas, sino por la mayor fuerza de los prejuicios que suscita.

1.1 Pongámonos, brevemente, en la posición del legislador del XIX. Al diseñar el sistema inmobiliario, contaba con la base de una tradición jurídica, que podía modelar en función de los intere-

¹⁰ Así lo indica OLIVER, *Derecho Inmobiliario español*, I, 1892, pp. 462-463. En cuanto a la alusión que hago a los sistemas de corte germanista, no va referida al Derecho oficial alemán al tiempo de publicarse nuestra primera Ley Hipotecaria (es más, los textos emanados de Federico el Grande en materia hipotecaria sí fueron probablemente estudiados por nuestro legislador dado el paralelismo que al parecer existe entre ellos y el sistema español), sino a los usos y costumbres del pueblo germano. Éstos vencieron a la recepción del sistema romano de transmisión clandestina de la propiedad inmueble, y son los que quedaron finalmente plasmados en los textos legales alemanes desde finales del siglo XIX –posteriores a nuestra primera Ley hipotecaria– hasta nuestros días (§ 873.I BGB). Desde antiguo, la tradición popular germana tuvo una marcada inclinación a exigir la intervención de la autoridad pública para dotar de eficacia a las transmisiones inmobiliarias derivadas de contrato. Sobre la cuestión de la perspectiva histórica, es aconsejable leer los *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, del Profesor Díez-PICAZO (1995, pp. 311-320).

¹¹ Véase el Real Decreto de 8 de agosto de 1855, por el que se ordenó redactar una ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial; y la Real Orden de 10 de agosto de 1855. Esta motivación del legislador se proclama en la Exposición de los Motivos y Fundamentos del Proyecto de la Ley Hipotecaria de 1860. (Estos textos pueden encontrarse en las *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, compiladas por FERNÁNDEZ CABALEIRO, Director, y otros, volumen I, 1974).

ses en juego a los que decidiera dar prioridad. No fue fácil la misión de legislar en materia hipotecaria:

La tradición jurídica la constituían, de un lado, el Derecho común, de corte romanista, que admitía la clandestinidad de las transmisiones inmobiliarias¹²; y, de otro lado, los Derechos forales, normalmente inclinados –como el Derecho tradicional de los pueblos germanos– a dar publicidad a las transmisiones inmobiliarias a través de diversos mecanismos¹³. A esta pugna –bajo la que se ha desarrollado nuestro sistema inmobiliario–, entre el principio de clandestinidad y el principio de publicidad, se hacía alusión en el Discurso de defensa del dictamen de la Comisión de Justicia ante el Pleno de las Cortes, para la aprobación de la Ley de reforma hipotecaria de 1944¹⁴.

También los intereses en juego a los que el legislador debía atender aparecen, a veces, como contrapuestos: Por una parte, el interés del particular en que se proteja su intimidad (la seguridad subjetiva), en que no sea cognoscible su titularidad y, por tanto, en que se le deje la posibilidad de no inscribirla¹⁵; por otra parte, el interés de la Administración Pública en que sea conocida la situación jurídica de los inmuebles, a efectos de la deseada coordinación entre el Registro y el Catastro, y con fines fiscales, o bien estadísticos (con la consiguiente repercusión en la programación político-económica y social)¹⁶. Se presentan también como intereses contrapuestos –al menos aparentemente–, de un lado, el interés por la correcta explotación de la riqueza, conforme a su naturaleza, que lleva a proteger a la persona que trabaja la tierra por encima de las formalidades, liberándola de un excesivo formalismo¹⁷; y, de otro

¹² Para la adquisición de la propiedad por el comprador, las Partidas sólo exigen la entrada en posesión (P. VII, Título XXXIV, Regla XII).

¹³ El Derecho regional o foral requería en general algún tipo de publicidad formal. Para más detalles, puede verse el estudio de OLIVER, en su obra *Derecho Inmobiliario Español*, I, 1892, capítulo V.

¹⁴ Discurso del Sr. Fernández Cuesta (se encuentra recogido en *Leyes...*, *op. cit.*, III, 1990, pp. 210-211).

¹⁵ Una muestra de la fuerza de este interés privado es lo que ocurrió en Francia con la Ley de Brumario de 1798: según ha explicado el Profesor Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, *op. cit.*, III, 1995, p. 308), el éxito de criterios de este tipo hizo que desapareciese –con la redacción del Código Civil francés (1804)–, la exigencia de publicidad de las enajenaciones inmobiliarias onerosas. Ciertamente es que más tarde se volvería de nuevo a un sistema de publicidad registral.

¹⁶ Este interés se tuvo en cuenta, pero quedó subordinado al interés particular, en cuanto la función del Registro es proteger intereses privados, primordialmente (véase la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1860). Sin embargo, en Francia se hizo que la organización de los Registros dependiera del Ministerio de Hacienda, con una importante función a efectos fiscales (sobre la cuestión, puede verse el estudio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El Sistema Registral Francés», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1963, pp. 721-795). Entre nuestros autores, encontramos también este tipo de argumento a favor de la adopción de la inscripción constitutiva (por ejemplo, VILLARES PICÓ, «Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mutación jurídica sobre inmuebles», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1957, p. 295).

¹⁷ En este sentido, algunos autores invitan a la ponderación al legislador (por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», 1957, en *Estudios sobre Derecho de Cosas*, 1973, pp. 323-388, p. 335). Tam-

lado, la necesidad de protección del tráfico jurídico (seguridad jurídica), a fin de reforzar el crédito territorial para atraer capitales y dinamizar la economía¹⁸, que favorece posturas partidarias de dotar a la inscripción de un mayor protagonismo¹⁹.

1.2 El legislador tendrá que modelar el Derecho a la vista de lo que acabamos de apuntar. Para ello, cuenta con un instrumento excelente: la inscripción. Dotar a la inscripción de una eficacia u otra es una de las grandes claves de un sistema inmobiliario. De hecho, lo define²⁰. Se puede afirmar que la inscripción juega un papel principal en esta ordenación de intereses, pudiendo tener asignadas funciones en el ámbito del Derecho material o sustantivo y no sólo en el ámbito del Derecho formal.

El legislador español, consciente de la inconveniencia de una publicidad incompleta del estado civil de las propiedades²¹, y consciente de hallarse ante una cuestión de política legislativa, en la que no hay –como en otras áreas del Derecho– principios universalmente válidos²², formulará un sistema inmobiliario registral que estimula la inscripción de diversos modos, pero no la exige, no la impo-

bién lo hizo en su día Fernández Cuesta ante el Pleno de las Cortes, durante la reforma de 1944 (en la defensa del Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria, en *Leyes Hipotecarias...*, *op. cit.*, III, 1990, p. 225).

¹⁸ Este es el interés que realmente se alcanzó con nuestra Ley Hipotecaria. El otro interés que se había propuesto el legislador, «dar certidumbre a los derechos reales», no se ha alcanzado del mismo modo (sobre la presencia de estos intereses en la mente del legislador, véanse las motivaciones del Real Decreto de 8 de agosto de 1855, la Real Orden de 10 de agosto de 1855, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Hipotecaria de 1860, y la memoria de CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 38, 1871, pp. 5-183). La constatación de que sólo el primero de estos intereses se ha alcanzado, llevó a DE LA RICA a admitir que puede ser conveniente adoptar la inscripción constitutiva de forma gradual («Pervivencia del Sistema Registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, pp. 127-141, pp. 132-133).

¹⁹ Entre otros, LÓPEZ MEDEL («Política de la vivienda y seguridad jurídica inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1962, pp. 352-373, pp. 353, 357-358), o AMORÓS GUARDIOLA (*La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, discurso leído en el acto de su recepción pública como académico de número, 1998, p. 27).

²⁰ Así, hablamos de sistemas de inscripción declarativa, o de inscripción constitutiva, o se hacen construcciones teóricas acerca de cómo puede definirse el sistema de acuerdo con la eficacia de la inscripción.

²¹ Lo expresaba de este modo el legislador: «A las Cortes. Reunidas en nuestros Códigos leyes tan contradictorias en su espíritu y tendencia (...), ha resultado un sistema hipotecario de naturaleza mixta (...) y que da por lo tanto una publicidad incompleta al estado civil de las propiedades, más inconveniente a veces que la falta absoluta de toda publicidad» (Proyecto de Ley de Bases para la redacción de la Ley Hipotecaria, presentado al Congreso el 11 de febrero de 1858).

²² De ello da fe la Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del Proyecto de Ley Hipotecaria: «Y esta desconfianza que naturalmente tiene la Comisión en todos sus trabajos, debe ser mayor al tratar del sistema hipotecario. No sucede respecto a él lo que en la mayor parte de las instituciones del Derecho civil, en que la ciencia y la experiencia de una larga serie de siglos han llegado a formar reglas admitidas universalmente, y que vienen a formar el derecho común de los pueblos civilizados».

ne. Vemos aquí el papel modulador de intereses que cumple la inscripción: el legislador no la exige, y así libera de un excesivo formalismo al ciudadano sin formación, al hombre de campo de aquel momento. Pero el legislador estimula la inscripción de diversos modos ²³, y –por ejemplo, al proteger al tercero hipotecario (art. 34 LH)–, garantiza la seguridad del tráfico jurídico.

Si no adopta la inscripción constitutiva no es porque desconozca sus ventajas, que básicamente se resumen en todas las derivadas de la mayor coincidencia entre lo publicado por el Registro y la realidad ²⁴. El legislador español lo que hace realmente es posponer la inscripción constitutiva para un momento más avanzado del desarrollo del sistema, en el que la publicidad posesoria pueda quedar plenamente reemplazada por el medio de publicidad inmobiliaria por excelencia, que es el Registro de la Propiedad. El obstáculo que encontraba el legislador era, principalmente, la falta de preparación del ciudadano medio español ²⁵. Hoy parece ser un obstáculo superado ²⁶.

2. La opinión de la doctrina

La doctrina española actual se muestra relativamente partidaria de adoptar la inscripción constitutiva. Pueden citarse –en este senti-

²³ Tales como la inadmisión de los documentos no inscritos ante los Órganos Estatales, conforme al régimen dispuesto en el actual artículo 319 LH (tras la Ley 24/2001; anteriormente, artículo 313 LH).

²⁴ Valgan como recapitulación de los conflictos que origina la clandestinidad de los derechos reales, las siguientes palabras de don Antonio PAU PEDRÓN (en «Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios», *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, 1991, pp. 3364-3375, p. 3365): «(...), en este momento de nuestra evolución jurídica, y por una degeneración de ideas y figuras originariamente acertadas, los derechos reales ocultos existen y un acreedor que obtiene una anotación de embargo puede perder su garantía por una propiedad que ignora: un prestamista que ha realizado un préstamo personal basado en el patrimonio que publica el Registro puede haber incurrido en el error más absoluto, porque el prestatario puede carecer totalmente de bienes, que pertenecen desde hace tiempo a otro propietario; si las fincas no están inmatriculadas, la eficacia de los derechos "ocultos" es aún mayor: cualquier adquirente –que, desde luego, no va a tener tiempo ni medios de hacer la averiguación pertinente– está sometido al riesgo de que alguien invoque una propiedad o un gravamen anterior». Esta situación también la denunciaba, como argumento a favor de la adopción de la inscripción constitutiva, GÓMEZ GÓMEZ (*op. cit.*, p. 7).

²⁵ Véase la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944. El hecho de que más del sesenta por ciento de la propiedad no tuviera aún constancia registral, llevó al legislador a constatar la falta de costumbre o de preparación de los españoles en este sentido.

²⁶ No resulta fácil encontrar –hasta el momento– un dato plenamente fiable del volumen de propiedad inscrita, pero sí tenemos datos aproximativos. Al parecer, puede hablarse de un ochenta y cinco por ciento de la propiedad inmobiliaria (VIDAL FRANCÉS, «Inscripción y tradición.–Inscripción constitutiva», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pp. 79-139, pp. 130-133. El autor refiere el dato, al menos, a su Distrito hipotecario de la sierra de Madrid, en El Escorial).

do— los siguientes autores: Gómez Gómez ²⁷, Pau Pedrón ²⁸, Amorós Guardiola ²⁹, Morales Moreno —que lo somete a condición— ³⁰, Villares Picó ³¹, López Medel ³², De la Rica ³³, Vidal Francés ³⁴, Martínez Santiago ³⁵). Con mayor énfasis en la inconveniencia de adoptar en este momento la inscripción constitutiva, pero conscientes de sus ventajas, pueden citarse estos otros autores: Rodríguez Otero ³⁶, Roca Sastre/Roca-Sastre Muncunill ³⁷, y —quizás— Díez—Picazo, que se pronuncia con reticencia ³⁸. También hay en nuestra doctrina actual opiniones claramente contrarias a adoptar la inscripción constitutiva, basadas en una defensa del sistema vigente como satisfactorio (Gordillo ³⁹).

3. La compatibilidad de la inscripción constitutiva con el sistema jurídico español

En caso de que optáramos por la inscripción constitutiva, tendríamos que adaptarla a nuestro Ordenamiento, y no adaptar nuestro Ordenamiento a un sistema extranjero particular inscripción constitutiva. Conviene subrayarlo, porque algunos autores la rechazaron pensando que suponía adoptar el negocio real alemán y

²⁷ *Op. cit.*

²⁸ *Op. cit.* También, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 1994, pp. 2187-2212.

²⁹ *Op. cit.*, p. 27.

³⁰ Lo condiciona el autor a la previa coordinación entre Registro y Catastro (en el Prólogo al libro de Carmen Jerez Delgado, *Hacia la inscripción constitutiva*, 2001, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 13-16). Sobre la coordinación entre Registro y Catastro, puede verse la obra de MORALES MORENO: *Publicidad registral y datos de hecho*, (2000), publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

³¹ *Op. cit.*, p. 295.

³² *Op. cit.*, pp. 368-370.

³³ *Op. cit.*, p. 136.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 124-126.

³⁵ En su trabajo, «En torno a la publicidad registral inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 644, 1998, pp. 117-176, pp. 136 y 152.

³⁶ En su trabajo, «Notas sobre la inscripción virtualmente constitutiva», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, pp. 1539-1584, p. 1582. El autor admite un *dilata*, un «más adelante», para la adopción de la inscripción constitutiva.

³⁷ No es un defensor de la inscripción constitutiva, pero tampoco un gran contradictor de la misma. Opina que podemos intentar adoptarla gradualmente (en *Derecho Hipotecario*, III, 1995, p. 47).

³⁸ Lo cito entre los autores partidarios de llegar a adoptar la inscripción constitutiva, por cuanto estima que es un *objeto siempre deseado y siempre inalcanzado*, si bien el autor teme que pueda causar un divorcio entre el Derecho y la realidad (en *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 424-425).

³⁹ Es loable que la resistencia a adoptar la inscripción constitutiva proceda, en este autor, de su defensa de la flexibilidad y calidad del sistema vigente (véase su estudio titulado «La inscripción en el Registro de la Propiedad (...)», en el *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, pp. 5-256, por ejemplo, pp. 235 y 256).

renunciar a nuestra tradición causalista, o bien creyeron –otros– que adoptar la inscripción constitutiva equivaldría a reducir la usucapación conforme al modelo alemán, cuando no es así necesariamente ⁴⁰.

La inscripción constitutiva es compatible con nuestras instituciones: En particular, nos permite mantener la teoría del título y el modo en la transmisión de bienes (como lo prueban los modelos suizo, holandés o austriaco, de inscripción constitutiva), o la institución de la usucapación (como modelo de compatibilidad, en este punto, véase el sistema holandés). Puede afirmarse con razón que la adopción de la inscripción constitutiva no supone ruptura, sino desarrollo del sistema ⁴¹.

4. Una propuesta de *lege ferenda*

La clave de un sistema de inscripción constitutiva consiste en dejar atrás medios obsoletos de publicidad de la modificación inmobiliaria ⁴² y acoger en su lugar el medio de publicidad inmobiliaria por excelencia: la inscripción registral.

Una vía para un proyecto de *lege ferenda* es la siguiente: hacer de la inscripción el único medio admitido de entrega del inmueble. Sobre la base de la teoría del título y el modo (arts. 1095, 609 y 1462 CC), hacer de la inscripción un presupuesto de la modificación jurídico-inmobiliaria derivada de contrato ⁴³.

⁴⁰ El primero de los errores a que me refiero ha sido advertido por Antonio PAU PEDRÓN (*Efectos...*, op. cit., p. 2207), en los términos siguientes: «*La exigencia del acuerdo real –añadida al negocio causal, propia de los sistemas germánicos, no procede en ellos del carácter constitutivo de la inscripción, sino del «principio de abstracción» (...). Por tanto, la inscripción constitutiva no tiene un inevitable carácter abstracto, como se pretende.*»

⁴¹ Sobre estas cuestiones de Derecho comparado y de compatibilidad con nuestro sistema, me remito a la Segunda Parte de mi trabajo titulado *Hacia la inscripción constitutiva*, (JEREZ DELGADO, 2001), publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

⁴² El sistema de Derecho común de transmisión de la propiedad requiere título y entrega del bien apta para producir la transmisión (efecto traditorio o tradición). La entrega del bien dota a la modificación real de una cierta publicidad. Como formas de entrega son admitidas no sólo la entrega material de la posesión, sino también otras, tales como la escritura pública. En mi opinión, son éstos medios obsoletos de publicidad de la transmisión inmobiliaria. No obstante, éste es el régimen jurídico común a la transmisión de bienes muebles e inmuebles en Derecho español (arts. 1095, 609, 1462-1464 CC).

⁴³ Será necesario modificar el artículo 1462 CC, introduciendo un tercer párrafo que disponga que el único medio apto para la entrega de un inmueble es la inscripción del título en el Registro de la Propiedad. Esto supone suprimir el tercer párrafo del artículo 1473 CC, y modificar el artículo 633 CC a efectos de extender a la donación la eficacia constitutiva de la inscripción. Para armonizar la Ley Hipotecaria y el Código Civil, pueden servir los artículos 32 y 606 de uno y otro texto –respectivamente–, como engarce, introduciendo en ellos una cláusula de cierre que disponga que no surtirán efectos la mutación jurídico real-inmobiliaria derivada de negocio *inter vivos* mientras no conste inscrito el título en el

El efecto transmisivo, o la modificación jurídica, tendrá lugar, tratándose de inmuebles, cuando concurra no sólo el contrato, sino además la entrega de la cosa mediante la inscripción; entrega que se produce entre quien tiene poder para disponer del bien y el adquirente, que la toma en el mismo concepto expresado en el contrato ⁴⁴.

5. Cuestiones colaterales

Cuestiones colaterales, en relación con la propuesta de *lege ferenda* que se acaba de formular, son las siguientes: en primer lugar, sobre la conveniencia o no de que la inscripción sea constitutiva también para los actos de renuncia, cabe señalar que el Derecho comparado da testimonio favorable ⁴⁵. En segundo lugar, acerca del papel de la escritura pública en el sistema de inscripción constitutiva propuesto, hay que afirmar que cumple un papel importante como vehículo por el que llega al Registro la voluntad de las partes de transmitir y adquirir en el mismo concepto expresado en el título. Por último, en cuanto a la entrega material del inmueble, es necesario aclarar que abandona el ámbito de la obligación de entrega, y queda entre las obligaciones personales derivadas de la buena fe contractual, que —a la vez— es exigible frente a todos por el titular del nuevo derecho real en ejercicio de las facultades inherentes al mismo.

6. Resultado

La inscripción se convierte así en un elemento constitutivo de la mutación jurídico-real inmobiliaria derivada de un contrato. Esta función de la inscripción se extiende también, según lo dicho, a los

Registro. En mi opinión, sería conveniente, además, sustituir la expresión del artículo 2.2.º del Reglamento Hipotecario, «títulos *en* que se constituyan» por la expresión «títulos *por* los que se constituyan» (sobre matices de índole menor y sobre aspectos de Derecho transitorio, me remito a la Tercera Parte de mi trabajo, *Hacia...*, *op. cit.*).

⁴⁴ En este punto se mantendría el Derecho vigente: la entrega ha de ser apta para producir el efecto traditorio, lo que quiere decir que —conforme al sistema ordinario de transmisión— debe realizarse entre quien tiene el poder de disposición del bien y el adquirente, dando y recibiendo la cosa con voluntad de hacerlo en el mismo concepto expresado en el título. En otro caso, la adquisición sólo es posible por la protección a la buena fe, con la consiguiente exigencia de requisitos adicionales (título oneroso), que nos advierten que no estamos ante una verdadera transmisión sino ante el mecanismo de excepción de la adquisición *a non domino* (tratándose de inmuebles, art. 34 LH).

⁴⁵ En Derecho alemán, véase § 928.I BGB; en el sistema suizo, artículo 666.1 del Código Civil suizo; por último, en Holanda, artículo 98 del Libro 3 del Código Civil holandés.

actos de renuncia. Con ello, llegamos a un sistema de inscripción constitutiva relativa a las modificaciones inmobiliarias derivadas de un negocio jurídico *inter vivos*. No se trata, por lo tanto, de un sistema absoluto de inscripción constitutiva, en el que sólo tuvieran realidad jurídica los derechos inmobiliarios publicados por el Registro de la Propiedad. En mi opinión, sería excesiva tanta rigidez, que entorpecería el sistema de forma contraproducente: piénsese, por ejemplo, en las adquisiciones *mortis causa*, o en las modificaciones inmobiliarias derivadas de una sentencia o de un acto administrativo. Estas modificaciones, pueden producirse al margen del Registro. La deseada aproximación entre la realidad y lo publicado por el Registro se garantiza suficientemente con el sistema propuesto de inscripción constitutiva relativa a los negocios jurídicos *inter vivos*. Y si bien es cierto que el sistema admitiría, en los casos citados, la existencia de titularidades no inscritas, también lo es que estos titulares deberán inscribir su título si quieren disponer del bien, y que la difusión de la norma a través de los medios de comunicación (por ejemplo, con el mensaje «Si compras un bien inmueble, o lo recibes por donación, y no inscribes tu título en el Registro de la Propiedad, no eres propietario»), preparará, sin duda, la disposición del ciudadano hacia la inscripción.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ABUSO DE MERCADO Y COMPETENCIA

1. **Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOCE, L, núm. 1, de 4 de enero de 2003.**

ACUERDO EEE

2. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 56/2002, de 31 de mayo de 2002, que modifica el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE. DOCE, L, núm. 238, de 5 de septiembre de 2002.**
3. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 86/2002, de 25 de junio de 2002, por la que se modifican el anexo IX (Servicios financieros) y el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE. DOCE, L, núm. 266, de 3 de octubre de 2002.**
4. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 93/2002, de 25 de junio de 2002, por la que se modifica el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE. DOCE, L, núm. 266, de 3 de octubre de 2002.**
5. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 103/2002, de 12 de julio de 2002, por la que se modifica el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE. DOCE, L, núm. 298, de 31 de octubre de 2002.**
6. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 105/2002, de 12 de julio de 2002, por la que se modifica el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE. DOCE, L, núm. 298, de 31 de octubre de 2002.**
7. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 106/2002, de 12 de julio de 2002, por la que se modifica el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE. DOCE, L, núm. 298, de 31 de octubre de 2002.**
8. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 166/2002, de 6 de diciembre de 2002, por la que se modifica el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE. DOUE, L, núm. 38, de 13 de febrero de 2003.**

9. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 167/2002, de 6 de diciembre de 2002, por la que se modifica el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE. DOUE, L, núm. 38, de 13 de febrero de 2003.**
10. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 169/2002, de 6 de diciembre de 2002, por la que se modifica el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE. DOUE, L, núm. 38, de 13 de febrero de 2003.**
11. **Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 171/2002, de 6 de diciembre de 2002, por la que se modifica el anexo XVII (Propiedad intelectual) del Acuerdo EEE. DOUE, L, núm. 38, de 13 de febrero de 2003.**

AVIACIÓN CIVIL

12. **Reglamento (CE) núm. 1592/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2002, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea. DOCE, L, núm. 240, de 7 de septiembre de 2002.**
13. **Reglamento (CE) núm. 2320/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por el que se establecen normas comunes para la seguridad de la aviación civil. DOCE, L, núm. 355, de 30 de diciembre de 2002.**

CONSUMIDORES

14. **Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE, del Consejo, y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. DOCE, L, núm. 271, de 9 de octubre de 2002.**

CONTABILIDAD

15. **Mercado de capitales: Reglamento (CE) núm. 1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad. DOCE, L, núm. 243, de 11 de septiembre de 2002.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

16. **Directiva 2002/8/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. DOCE, L, núm. 26, de 31 de enero de 2003.**

17. **Corrección de errores de la Directiva 2002/8/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (DO, L 26 de 31 de enero de 2003). DOCE, L, núm. 32, de 7 de febrero de 2003.**
18. **Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. DOUE, L, núm. 48, de 21 de febrero de 2003.**
19. **Corrección de errores de la Decisión 2001/781/CE, de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) núm. 1348/2000, del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DO L 298 de 15 de noviembre de 2001). DOUE, L, núm. 60, de 5 de marzo de 2003.**

HIDROCARBUROS

20. **Decisión del Consejo, de 19 de septiembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar y ratificar, en interés de la Comunidad, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001 (Convenio combustible de los buques), o a adherirse a dicho Convenio. DOCE, L, núm. 256, de 25 de septiembre de 2002.**
21. **Reglamento (CE) núm. 2099/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se crea el Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación por los buques (COSS) y se modifican los reglamentos relativos a la seguridad marítima y a la prevención de la contaminación por los buques. DOCE, L, núm. 324, de 29 de noviembre de 2002.**
22. **Directiva 2002/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por la que se modifican las Directivas relativas a la seguridad marítima y a la prevención de la contaminación por los buques. DOCE, L, núm. 324, de 29 de noviembre de 2002.**

INSOLVENCIA

23. **Directiva 2002/74/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. DOCE, L, núm. 270, de 8 de octubre de 2002.**

INSTITUCIONES

24. **Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002.** DOCE, L, núm. 272, de 10 de octubre de 2002.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

25. **Reglamento (CE) núm. 2246/2002, de la Comisión, de 16 de diciembre de 2002, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) en concepto de registro de dibujos y modelos comunitarios.** DOCE, L, núm. 341, de 17 de diciembre de 2002.

REDES Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

26. **Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.** DOCE, L, núm. 249, de 17 de septiembre de 2002.

SEGUROS

27. **Directiva 2002/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida.** DOCE, L, núm. 345, de 19 de diciembre de 2002.
28. **Directiva 2002/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros.** DOCE, L, núm. 9, de 15 de enero de 2003.
29. **Reglamento (CE) núm. 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros.** DOUE, L, núm. 53, de 28 de febrero de 2003.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

ABUSO DE MERCADO Y COMPETENCIA

30. **Posición común (CE) núm. 50/2002, de 19 de julio de 2002, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).** DOCE, C, núm. 228 E, de 25 de septiembre de 2002.

31. **Pregunta E-1174/02, de Toine Manders a la Comisión. Asunto: posición dominante de las empresas de medios de comunicación. DOCE, C, núm. 301 E, de 5 de diciembre de 2002.**
32. **Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. DOCE, C, núm. 331, de 31 de diciembre de 2002.**
33. **Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones) [COM(2002) 711 final. 2002/0296 (CNS)]. DOCE, C, núm. 20, de 28 de enero de 2003.**
34. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) [COM(2001) 281 - C5-0262/2001 - 2001/0118 (COD)]. DOUE, C, núm. 47 E, de 27 de febrero de 2003.**
35. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de marzo de 2002 con vistas a la adopción de la Directiva 2002/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado). DOUE, C, núm. 47 E, de 27 de febrero de 2003.**

ADOPCIÓN

36. **Pregunta E-1125/02, de Isidoro Sánchez García al Consejo. Asunto: adopción de niños en Rumania. DOCE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.**
37. **Pregunta E-1225/02, de Alejandro Cercas al Consejo. Asunto: adopciones internacionales en Rumania. DOCE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.**
38. **Pregunta E-0982/02, de Íñigo Méndez de Vigo a la Comisión. Asunto: adopción internacional de niños rumanos. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
39. **Pregunta E-0998/02, de José Gil-Robles Gil-Delgado a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales de niños rumanos. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
40. **Pregunta E-0999/02, de José Gil-Robles Gil-Delgado a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales de niños rumanos. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
41. **Pregunta E-1000/02, de José Gil-Robles Gil-Delgado a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales de niños rumanos. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
42. **Pregunta E-1035/02, de Daniel Varela Suanzes-Carpegna a la Comisión. Asunto: adopciones en Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**

43. **Pregunta E-1036/02, de Daniel Varela Suanzes-Carpegna a la Comisión. Asunto: adopciones de niños en Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
44. **Pregunta E-1038/02, de Theresa Zabell a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales en Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
45. **Pregunta E-1039/02, de Theresa Zabell a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales en Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
46. **Pregunta E-1040/02, de Theresa Zabell a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales en Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
47. **Pregunta E-1073/02, de Juan Ojeda Sanz a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales en Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
48. **Pregunta E-1102/02, de Carlos Bautista Ojeda a la Comisión. Asunto: adopciones Internacionales España-Rumania. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
49. **Pregunta E-1241/02, de Fernando Fernández Martín a la Comisión. Asunto: adopción internacional de niños rumanos. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**
50. **Pregunta P-1669/02, de Luciana Sbarbati a la Comisión. Asunto: adopciones internacionales (Ucrania). DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**

AGENCIAS DE VIAJES

51. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE en lo relativo al régimen especial de las agencias de viajes [COM (2002) 64 final. 2002/0041 (CNS)]. DOCE, C, núm. 241, de 7 de octubre de 2002.**

AVIACIÓN CIVIL

52. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y anulación o gran retraso de los vuelos [COM (2001) 784 final. 2001/0305 (COD)]. DOCE, C, núm. 241, de 7 de octubre de 2002.**
53. **Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y anulación o gran retraso de los vuelos [COM (2002) 717 final-2001/0305 (COD)]. DOUE, C, núm. 71 E, de 25 de marzo de 2003.**

54. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. .../2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes en el ámbito de la aviación civil y se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea.** DOCE, C, núm. 331, de 31 de diciembre de 2002.
55. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los requisitos de seguro de las compañías y operadores aéreos [COM (2002) 521 final. 2002/0234 (COD)].** DOCE, C, núm. 20 E, de 28 de enero de 2003.

CONSUMIDORES

56. **Pregunta E-3478/01, pregunta de Michel Ebner a la Comisión. Asunto: la *Normverbrauchsabgabe* (Derecho especial de consumo) de Austria.** DOCE, C, núm. 229 E, de 26 de septiembre de 2002.
57. **Resolución del Parlamento Europeo sobre los aspectos generales de la protección de los consumidores y la política de información en aplicación de la Directiva 90/314/CEE [2001/2136(INI)].** DOCE, C, núm. 271 E, de 7 de noviembre de 2002.
58. **Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva.** DOCE, C, núm. 273, de 9 de noviembre de 2002.
59. **Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del artículo 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva.** DOUE, C, núm. 28, de 6 de febrero de 2003.
60. **Pregunta E-1931/02, de Astrid Lulling a la Comisión. Asunto: anteproyecto de ley para la reglamentación de la venta, el consumo y la publicidad de las bebidas alcohólicas en España.** DOCE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.
61. **Pregunta Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores.** DOCE, C, núm. 331, de 31 de diciembre de 2002.

62. **Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 2002 sobre la estrategia en materia de política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006).** DOCE, C, núm. 11, de 17 de enero de 2003.
63. **Pregunta E-2064/02, de Erik Meijer a la Comisión. Asunto: abuso de páginas de Internet y métodos de cobro para sorprender al consumidor con una factura telefónica lo más elevada posible.** DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.
64. **Pregunta E-2344/02, de Jillian Evans a la Comisión. Asunto: correo no deseado.** DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.
65. **Pregunta E-2401/02, de Antonio Tajani a la Comisión. Asunto: información falsa y perjudicial sobre el litoral romano divulgada por un sitio Internet turístico alemán.** DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.
66. **Pregunta E-2429/02, de Erik Meijer a la Comisión. Asunto: autorización de publicidad no solicitada por correo electrónico contraria a lo dispuesto en favor del sistema de consentimiento del abonado (*opt-in*) en la nueva directiva.** DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.
67. **Pregunta E-2676/02, de Paul Rübig a la Comisión. Asunto: medidas complementarias al Libro Verde sobre protección del consumidor.** DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.

COOPERACIÓN

68. **Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 sobre la ejecución del plan de trabajo relativo a la cooperación europea en el ámbito de la cultura: el valor añadido europeo, la movilidad de las personas y la circulación de obras en el sector cultural.** DOCE, C, núm. 13, de 18 de enero de 2003.

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

69. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre derecho contractual europeo [COM (2001) 398 final].** DOCE, C, núm. 241, de 7 de octubre de 2002.
70. **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción.** DOUE, C, núm. 63, de 15 de marzo de 2003.

DERECHO DE VISITA

71. **Propuesta de Decisión del Consejo sobre la firma por la Comunidad Europea del Convenio del Consejo de Europa relativo al derecho de visita a menores [COM (2002) 520 final]. DOCE, C, núm. 20 E, de 28 de enero de 2003.**

DOMINIO.EU

72. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación del dominio de primer nivel.eu [12171/1/2001 - C5-0548/2001 - 2000/0328 (COD)]. DOCE, C, núm. 293 E, de 28 de noviembre de 2002.**
73. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en segunda lectura el 28 de febrero de 2002 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel.eu. DOCE, C, núm. 293 E, de 28 de noviembre de 2002.**
74. **Pregunta E-1938/02 de Colette Flesch a la Comisión. Asunto: aplicación del dominio de primer nivel.eu. DOCE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.**

EMPRESAS

75. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 91/674/CEE sobre las cuentas anuales y consolidadas de determinadas formas de sociedades y empresas de seguros [COM (2002) 259/2 final. 2002/0112 (COD)]. DOCE, C, núm. 227 E, de 24 de septiembre de 2002.**

ESPACIO JUDICIAL CIVIL EUROPEO

76. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles [COM (2002) 13 final. 2002/0020 (CNS)]. DOCE, C, núm. 221, de 17 de septiembre de 2002.**
77. **Iniciativa del Reino Unido, de la República Francesa y del Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias [11178/2001 - C5-0443/2001 -**

- 2001/0825 (CNS)]. DOCE, C, núm. 271 E, de 7 de noviembre de 2002.
78. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la iniciativa del Reino Unido, de la República Francesa y del Reino de Suecia con vistas a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias [11178/2001 - C5-0443/2001 - 2001/0825 (CNS)]. DOCE, C, núm. 271 E, de 7 de noviembre de 2002.**
79. **Pregunta E-1155/02, de Jorge Hernández Mollar a la Comisión. Asunto: proceso monitorio europeo. DOCE, C, núm 301 E, de 5 de diciembre de 2002.**
80. **Pregunta E-0785/02, de Bartho Pronk, Ria Oomen-Ruijten y Toine Manders a la Comisión. Asunto: reglamento (CE) núm. 44/2001. DOCE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.**
81. **Iniciativa del Reino de los Países Bajos con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOCE, C, núm. 311, de 14 de diciembre de 2002.**
82. **Pregunta E-3261/01 de Joke Swiebel a la Comisión. Asunto: reglamento (CE) núm. 1347/2000 y apertura del matrimonio civil y de la adopción a personas del mismo sexo en los Países Bajos. DOUE, C, núm. 28 E, de 6 de febrero de 2003.**
83. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un marco general comunitario para actividades con el fin de facilitar la puesta en práctica de la cooperación judicial en materia civil [15532/2001 - C5-0021/2002 - 2001/0109 (CNS)]. DOUE, C, núm. 47E, de 27 de febrero de 2003.**
84. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento (CE) núm. 44/2001 en materia de alimentos [COM (2002) 222 final. 2002/0110 (CNS)]. DOUE, C, núm. 61, de 14 de marzo de 2003.**

FUNCIONES NOTARIALES

85. **Pregunta E-1583/02, de Gerhard Schmid a la Comisión. Asunto: reconocimiento de documentos notariales en España. DOCE, C, núm. 301 E, de 5 de diciembre de 2002.**
86. **Pregunta E-2435/02, de Christoph Konrad a la Comisión. Asunto: los diferentes límites de edad que rigen en la UE para el nombramiento y el ejercicio de las funciones de los notarios. DOUE, C, núm. 28 E, de 6 de febrero de 2003.**

INSTITUCIONES

87. **Resolución del Comité Consultivo del EEE de 26 de junio de 2002 sobre gobernanza y responsabilidad social de las empresas en un mundo globalizado. DOUE, C, núm. 58, de 13 de marzo de 2003.**
88. **Resolución del Comité Consultivo del EEE de 26 de junio de 2002 sobre gobernanza y responsabilidad social de las empresas en un mundo globalizado. DOUE, C, núm. 67, de 20 de marzo de 2003.**
89. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la personalidad jurídica de la Unión Europea [2001/2021(INI)]. DOUE, C, núm. 47E, de 27 de febrero de 2003.**

INTERNET

90. **Pregunta E-2204/02 de Marco Cappato a la Comisión. Asunto: libertad de expresión en Internet. DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.**

MAYORÍA DE EDAD

91. **Pregunta E-3396/01, de Stavros Xarchakos a la Comisión. Asunto: menores de edad y mayores de edad en la UE. DOUE, C, núm. 28 E, de 6 de febrero de 2003.**

MEDIOS DE PAGO

92. **Pregunta E-1424/02, de Eluned Morgan a la Comisión. Asunto: pagos transfronterizos mediante cheque. DOUE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.**

MERCADOS DE CAPITALES

93. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema Tendencias, estructuras y mecanismos institucionales de los mercados internacionales de capitales. DOUE, C, núm. 61, de 14 de marzo de 2003.**

NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD

94. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad [COM(2001) 80 - C5-0061/2001 - 2001/0044 (COD)]. DOUE, C, núm. 47 E. de 27 de febrero de 2003.**

95. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 12 de marzo de 2002 con vistas a la adopción del Reglamento (CE) núm. .../2002 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la aplicación de las Normas Internacionales de Contabilidad. DOUE, C, núm. 47 E, de 27 de febrero de 2003.**

OPAS

96. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las ofertas públicas de adquisición [COM (2002) 534 final. 2002/0240 (COD)]. DOUE, C, núm. 45 E, de 25 de febrero de 2003.**
97. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo del Parlamento Europeo sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores [COM (2001) 280 - C5-0263/2001 - 2001/0117 (COD)]. DOUE, C, núm. 47 E, de 27 de febrero de 2003.**
98. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de marzo de 2002 con vistas a la adopción de la Directiva 2002/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores. DOUE, C, núm. 47 E, de 27 de febrero de 2003.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

99. **Pregunta P-0959/02, de Astrid Thors a la Comisión. Asunto: derecho de los investigadores sobre los inventos. DOCE, C, núm. 229 E, de 26 de septiembre de 2002.**
100. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2081/92, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios [(COM(2002) 139 final. 2002/0066 (CNS)]. DOCE, C, núm. 241, de 7 de octubre de 2002.**
101. **Pregunta E-1408/02 de Bart Staes al Consejo. Asunto: régimen lingüístico de la patente comunitaria. DOCE, C, núm. 309 E, de 12 de diciembre de 2002.**
102. **Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador [COM (2002) 92 final. 2002/0047 (COD)]. DOUE, C, núm. 61, de 14 de marzo de 2003.**

RESPONSABILIDAD

103. **Resolución del Consejo de 19 de diciembre de 2002 relativa a una enmienda de la Directiva sobre la responsabilidad derivada de los productos defectuosos.** DOUE, C, núm. 26, de 4 de febrero de 2003.
104. **Propuesta de Directiva del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos [COM (2002) 562 final. 2002/0247 (CNS)].** DOUE, C, núm. 45 E, de 25 de febrero de 2003.

SERVICIOS FINANCIEROS

105. **Posición común (CE) núm. 52/2002, de 12 de septiembre de 2002, aprobada por el Consejo, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE, del Consejo, y las Directivas 98/78/CE y 2001/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.** DOCE, C, núm. 253 E, de 22 de octubre de 2002.
106. **Presentación anotada de los mercados regulados y disposiciones nacionales por las que se aplican las exigencias de la Directiva de servicios de inversión (DSI) (Directiva 93/22/CEE, del Consejo).** DOCE, C, núm. 280, de 16 de noviembre de 2002.
107. **Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la legislación en el marco de los servicios financieros [2001/2247 (INI)].** DOCE, C, núm. 284 E, de 21 de noviembre de 2002.
108. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de inversión y mercados regulados, y por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE, del Consejo, y la Directiva 2000/12/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo [COM (2002) 625 final - 2002/0269 (COD)].** DOUE, C, núm. 71 E, de 25 de marzo de 2003.

TRANSPORTE

109. **Pregunta E-1800/02, de Maria Sanders-ten Holte al Consejo. Asunto: ratificación del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional.** DOUE, C, núm. 52 E, de 6 de marzo de 2003.

UNIÓN EUROPEA

110. **Unión Europea. Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2002).** DOCE, C, núm. 325, de 24 de diciembre de 2002.
111. **Información relativa a la entrada en vigor del Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001.** DOCE, C, núm. 24, de 31 de enero de 2003.

VALORES

112. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el prospecto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y que modifica la Directiva 2001/34/CE [COM(2002) 460 final. 2001/0117(COD)].** DOCE, C, núm. 20 E, de 28 de enero de 2003.

II. PRÁCTICA DEL TJCE Y DEL TPICE

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

113. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 24 de octubre de 2002, en el asunto C-82/01 P: Aéroports de Paris contra Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación. Competencia. Transporte aéreo. Gestión de aeropuertos. Abuso de posición dominante. Tasas discriminatorias.** DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.

AGENTES Y CORREDORES DE COMERCIO

114. **Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta), de 3 de octubre de 2002, en el asunto C-273/01. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bari: Walter Ferro contra Giovanni Santoro. Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento. Directiva 86/653/CEE relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Aplicabilidad a los corredores de comercio.** DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.

CONSUMIDORES

115. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 21 de noviembre de 2002, en el asunto C-473/00 petición de decisión prejudicial**

del tribunal d'instance de Vienne: Cofidis SA contra Jean-Louis Fredout. Directiva 93/13/CEE. Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Recurso interpuesto por un profesional. Disposición interna que prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula. DOCE, C, núm. 7, de 11 de enero de 2003.

CONTRATOS

116. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de octubre de 2002 en el asunto T-134/01: Hans Fuchs Versandschlachtere KG contra Comisión de las Comunidades Europeas. Reglamento (CE) núm. 111/1999. Reglamento (CE) núm. 1135/1999. Ayuda alimentaria a Rusia. Licitación para la movilización. Licitación para el transporte. Relación contractual. Cláusula compromisoria. Demanda de cumplimiento de un contrato. Admisibilidad. Presentación de certificados para cada medio de transporte. Intereses de demora. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.

DUMPING

117. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de noviembre de 2002 en el asunto T-88/98: Kundan Industries Ltd. y Tata International Ltd. contra Consejo de la Unión Europea. Dumping. Elementos de sujeción de acero inoxidable. Determinación del precio de exportación. Falta de fiabilidad del precio. Determinación del valor normal. Derechos de defensa. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.
118. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de enero de 2003 en el asunto C-76/00 P: Petrotub SA y Republica SA. Recurso de casación. Defensa contra las prácticas de dumping. Elección del método de cálculo denominado asimétrico. Artículo 2.4.2 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT. Motivación. Determinación del valor normal. Consideración de las ventas por compensación. Motivación. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

119. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de marzo de 2002 en el asunto C-24/02. Petición de decisión prejudicial del tribunal de commerce de Marseille: Marseille Fret SA contra Seatranso Shipping Company Ltd. Convenio de Bruselas. Protocolo relativo a la interpretación del Convenio por el Tribunal de Justicia. Reglamento (CE) núm. 44/2001. Órganos jurisdiccionales nacionales competentes para plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia. DOCE, C, núm. 219, de 14 de septiembre de 2002.

120. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de julio de 2002 en el asunto C-96/00. Petición de decisión prejudicial del Oberster Gerichtshof: Rudolf Gabriel. Convenio de Bruselas. Petición de interpretación de los artículos 5, números 1 y 3, y 13, párrafo primero, número 3. Derecho del consumidor destinatario de una publicidad engañosa a reclamar ante los tribunales el premio aparentemente ganado. Calificación. Acción en materia de contratos contemplada en el artículo 13, párrafo primero, número 3. Requisitos. DOCE, C, núm. 247, de 12 de octubre de 2002.**
121. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-334/00. Petición de decisión prejudicial de la Corte suprema di cassazione: Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). Convenio de Bruselas. Artículo 5, números 1 y 3. Competencias especiales. Responsabilidad precontractual. DOCE, C, núm. 274, de 9 de noviembre de 2002.**
122. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 1 de octubre de 2002 en el asunto C-167/00. Petición de decisión prejudicial del Oberster Gerichtshof: Verein für Konsumenteninformation contra Karl Heinz Henkel. Convenio de Bruselas. Artículo 5, número 3. Competencia en materia delictual o cuasidelictual. Acción preventiva de interés colectivo. Asociación para la protección de los consumidores que solicita la prohibición del uso de cláusulas abusivas por un comerciante en los contratos celebrados con los consumidores. DOCE, C, núm. 289, de 23 de noviembre de 2002.**
123. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2002 en el asunto C-271/00. Petición de decisión prejudicial del Hof van Beroep te Antwerpen: Gemeente Steenbergem contra Luc Baten. Convenio de Bruselas. Ámbito de aplicación. Acción de repetición basada en una legislación nacional relativa al pago de subsidios de asistencia social. Concepto de materia civil. Concepto de seguridad social. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.**

GARANTÍAS DE CRÉDITO

124. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2003 en el asunto C-306/99. Petición de decisión prejudicial del Finanzgericht Hamburg: Banque internationale pour l'Afrique occidentale SA (BIAO) contra Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg. Cuarta Directiva 78/660/CEE. Cuentas anuales de determinadas formas de sociedad. Competencia del Tribunal de Justicia para interpretar el Derecho comunitario en un contexto en el que no es directamente aplicable. Provisiones para el riesgo derivado de una garantía de crédito. Consideración de la situación individual del deudor y del Estado en el que está establecido. Fecha en la cual**

debe o puede valorarse y contabilizarse el riesgo. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

125. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 2002 en el asunto T-146/00 DEP, S. Ruf y M. Stier contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Tasación de costas. DOCE, C, núm. 261, de 26 de octubre de 2002.
126. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 19 de septiembre de 2002 en el asunto C-104/00 P: DKV Deutsche Krankenversicherung AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento (CE) núm. 40/94. Vocablo Companyline. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. DOCE, C, núm. 274, de 9 de noviembre de 2002.
127. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de septiembre de 2002 en el asunto T-316/00: Viking-Umwelttechnik GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Colores (verde y gris). Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOCE, C, núm. 305, de 7 de diciembre de 2002.
128. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2002 en el asunto C-206/01 [petición de decisión prejudicial del High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division]: Arsenal Football Club plc contra Matthew Reed. Aproximación de las legislaciones. Marcas. Directiva 89/104/CEE. Artículo 5, apartado 1, letra *a*). Alcance del derecho exclusivo del titular de la marca. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.
129. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de octubre de 2002 en el asunto T-173/00: KWS Saat AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Reglamento (CE) núm. 40/94. Color (tono naranja). Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Motivación. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.
130. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de octubre de 2002 en el asunto T-360/00: Dart Industries Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Vocablo UltraPlus. Motivos de denegación absolutos. Carácter descriptivo, carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.
131. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de octubre de 2002 en el asunto T-36/01: Glaverbel contra Oficina de Armoni-

- zación del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Reglamento (CE) núm. 40/94. Motivo aplicado a la superficie de los productos. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Derecho a ser oído. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.
132. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de noviembre de 2002 en el asunto C-23/01. Petición de decisión prejudicial del Hof van Beroep te Brussel: Robelco NV contra Robeco Groep NV. Directiva 89/104/CEE. Artículo 5, apartado 5. Disposiciones relativas a la protección contra el uso de un signo con fines diversos a los de distinguir productos o servicios. Alcance de dicha protección. Signos similares a la marca. DOCE, C, núm. 7, de 11 de enero de 2003.
133. Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2002 en el asunto C-273/00. Petición de decisión prejudicial del Bundespatentgericht: Ralf Sieckmann contra Deutsches Patent-und Markenamt. Marcas. Aproximación de las legislaciones. Directiva 89/104/CEE. Artículo 2. Signos que pueden constituir una marca. Signos que pueden ser objeto de representación gráfica. Signos olfativos. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.
134. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2002 en el asunto T-388/00: Institut für Lernsysteme GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca figurativa anterior que contiene las siglas ILS. Solicitud de marca comunitaria denominativa ELS. Prueba del uso de la marca anterior. Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 y regla 22 del Reglamento (CE) núm. 2868/95. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Motivación. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.
135. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2002 en el asunto T-6/01: Matratzen Concord GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Oposición. Motivos relativos de denegación. Similitud entre dos marcas. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene el vocablo Matratzen. Marca anterior denominativa Matratzen. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.
136. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2002 en los asuntos acumulados T-79/01 y T-86/01: Robert Bosch GmbH contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Sintagmas Kit Pro y Kit Super Pro. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.

137. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2002 en el asunto T-104/01: Claudia Oberhauser contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Oposición. Marca figurativa anterior que comprende los términos miss fifties. Solicitud de marca comunitaria denominativa Fifties. Motivo relativo de denegación. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.
138. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de enero de 2003 en el asunto C-292/00. Petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof: Davidoff & Cie SA, Zino Davidoff SA contra Gofkid Ltd. Directiva 89/104/CEE. Artículos 4, apartado 4, letra *a*), y 5, apartado 2. Marcas de renombre. Protección contra el uso de un signo para productos o servicios idénticos o similares. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.
139. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2002 en el asunto T-39/01: Kabushiki Kaisha Fernandes contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca denominativa anterior Hiwatt. Solicitud de marca denominativa comunitaria Hiwatt. Prueba del uso efectivo de la marca anterior. Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 y regla 22 del Reglamento (CE) núm. 2868/95. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.
140. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2002 en el asunto T-63/01: The Procter & Gamble Company contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Forma de un jabón. Ejecución de una sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Derecho de defensa. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.
141. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de diciembre de 2002 en el asunto T-91/01: BioID AG contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Marca figurativa que contiene el acrónimo BioID. Motivos de denegación absolutos. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.
142. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de diciembre de 2002 en el asunto T-130/01: Sykes Enterprises, Incorp. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Sintagma Real people, Real solutions. Motivo de denegación absoluto. Carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 40/94. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.

143. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2002 en el asunto T-247/01: eCopy Inc contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Vocablo Ecopy. Desviación de poder. Carácter distintivo adquirido por el uso con posterioridad a la fecha de presentación de la solicitud. Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 44, de 22 de febrero de 2003.**
144. **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2002 en el asunto T-110/01: Vedral SA contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, dibujos y modelos) (OAMI). Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Marca anterior denominativa Saint-Hubert 41. Solicitud de marca comunitaria figurativa que comprende el vocablo Hubert. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 70, de 22 de marzo de 2003.**

PUBLICIDAD

145. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 2002 en el asunto C-99/01. Petición de decisión prejudicial del Verwaltungsgerichtshof: Gottfried Linhart y Hans Biffl. Aproximación de las legislaciones. Artículos 30 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 CE y 30 CE, tras su modificación). Directiva 76/768/CEE relativa a los productos cosméticos. Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa. Disposiciones nacionales que establecen restricciones en materia de publicidad. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.**

REGISTRO MERCANTIL Y DE SOCIEDADES

146. **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de junio de 2002 en el asunto C-3248/01. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Feldkirch: Hermann Pfanner Getränke GmbH y otros, Getränkebetrieb GmbH y otros. Artículo 92, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento. Remisión prejudicial. Publicidad de las cuentas anuales y del informe de gestión. Llevanza del registro mercantil y de sociedades. Incompetencia del Tribunal de Justicia. DOCE, C, núm. 233, de 28 de septiembre de 2002.**

SECRETO BANCARIO

147. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 2002 en el asunto C-153/00. Petición de decisión prejudicial del Onderzoeksrechter in de Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout: Paul der Weduwe. Libre prestación de servicios. Actividades bancarias.**

Empleado de una entidad de crédito establecida en un Estado miembro y que capta clientes en otro Estado miembro. Legislaciones nacionales en materia de secreto bancario. Negativa a responder a preguntas y a declarar como testigo en el marco de la instrucción de un sumario. DOCE, C, núm. 19, de 25 de enero de 2003.

SOCIEDADES

148. **Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de noviembre de 2002 en el asunto C-208/00. Petición de decisión prejudicial del Bundesgerichtshof: Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC). Artículos 43 CE y 48 CE. Sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro que tiene en él su domicilio social estatutario. Sociedad que ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro. Sociedad respecto a la que se considera, con arreglo al Derecho del Estado miembro de acogida, que ha trasladado su domicilio social efectivo al territorio de dicho Estado. No reconocimiento por el Estado miembro de acogida de la capacidad jurídica y de la capacidad procesal de la sociedad. Restricción a la libertad de establecimiento. Justificación. DOCE, C, núm. 323, de 21 de diciembre de 2002.**

VALORES

149. **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de noviembre de 2002 en el asunto C-356/00. Petición de decisión prejudicial del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana: Antonio Testa, Lido Lazzeri contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob). Directiva 93/22/CEE. Servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. Gestión de carteras de inversión. DOCE, C, núm. 7, de 11 de enero de 2003.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, ed. Tirant lo Blanch, colección privado, núm. 62, Valencia, 2003, 115 pp.

1. Ante la ausencia de una regulación integral del fenómeno de las uniones de hecho a nivel nacional, las Comunidades Autónomas han ido progresivamente dictando su correspondiente legislación en esta materia otorgando a dichas uniones un estatuto jurídico propio. Esta constante publicación de leyes autonómicas, lejos de solucionar la problemática existente por la ausencia de normativa estatal, ha planteado nuevas cuestiones jurídicas. Esto pone de manifiesto la relevancia y especial trascendencia de la presente monografía realizada por Rodríguez Martínez.

La autora presenta un exhaustivo examen del polémico aspecto de la constitucionalidad de esta normativa. Para ello, sistematiza su análisis desde dos puntos de vista fundamentales: formal o competencial y material. Desde el punto de vista formal, pone en tela de juicio la competencia de las distintas Comunidades Autónomas para legislar sobre las uniones de hecho, y desde el punto de vista material, examina la viabilidad en nuestro ordenamiento de una regulación íntegra de estas situaciones de hecho construida sobre la base de la analogía con la institución matrimonial.

La presente monografía es resultado de una excelente reflexión crítica sobre la dogmática civil y de un estudio riguroso y pormenorizado de la legislación autonómica y de las diversas interpretaciones constitucionales del polémico tema de la atribución competencial que se establece en los artículos 148 y 149 de la Constitución de 1978.

Rodríguez Martínez consigue a través de su estudio elaborar una obra esencial de consulta para todo aquel que desee tener una visión global sobre la legislación autonómica, principalmente en su dimensión constitucional. Destaca a lo largo de toda la investigación su coherencia expositiva y su claridad argumental.

La obra se estructura de la forma siguiente: una introducción (donde se presentan al lector las líneas argumentales esenciales del trabajo de investigación) y dos capítulos. El primero de ellos plantea la posible inconstitucionalidad de las leyes autonómicas sobre uniones libres desde el punto de vista formal o competencial, reconociendo inicialmente la competencia general del Estado sobre la legislación civil y la competencia de las Comunidades Autónomas sobre Derecho Foral, para mencionar posteriormente las competencias exclusivas del Estado en todo caso, con especial referencia a la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones que garantizan la igualdad entre los españoles. La autora se detiene en este capítulo a analizar el motivo concreto de inconstitucionalidad de la ley navarra que contempla en su artícu-

lado la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales. El segundo de los capítulos se centra en el análisis de constitucionalidad de las leyes autonómicas sobre uniones de hecho desde un punto de vista material. Para ello, la autora se plantea dos cuestiones esenciales: en primer lugar, la opción legislativa existente entre llevar a cabo una regulación mínima y específica o un tratamiento legislativo orgánico y sistemático; y, en segundo lugar, la viabilidad de la aplicación analógica de la normativa matrimonial para solucionar la ausencia de regulación en estos supuestos.

2. El primer capítulo está destinado al estudio de la *inconstitucionalidad de las leyes autonómicas sobre uniones libres desde el punto de vista formal o competencial*. Comienza la autora resaltando la ambigüedad que caracteriza al artículo 149.1.8.^a CE que, si bien consagra la competencia exclusiva estatal sobre legislación civil, también reconoce el Derecho foral o especial, su conservación, modificación y posible desarrollo por las Comunidades Autónomas.

2.1 Comenzando por la *competencia general del Estado sobre legislación civil y la competencia de las Comunidades Autónomas sobre Derecho foral*, la autora advierte que las normas generales sobre distribución de competencias en materia de legislación civil son objeto de diversas interpretaciones doctrinales, pudiendo clasificar éstas en dos grandes bloques: foralistas y autonomistas. Para las posturas foralistas, la regla general es que la legislación civil es una materia estatal, limitándose la competencia de las Comunidades Autónomas al Derecho foral vigente en el momento de entrar en vigor la Constitución de 1978, y permitiendo la modificación o ampliación de éste hasta donde lo permitan los principios generales del derecho, y siempre que este desarrollo venga conectado de forma necesaria con lo que históricamente haya constituido una peculiaridad foral en ese territorio. Por su parte, la postura autonomista afirma que la competencia autonómica puede extenderse a toda la legislación civil, con la única salvedad de las materias reservadas a competencia exclusiva del Estado en todo caso. Rodríguez Martínez se decanta por la posición foralista en virtud de la propia redacción del artículo 149.1.8.^a CE, aunque «no circunscrita al contenido de la Compilaciones en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, sino matizada por la propia idea de desarrollo». Reconoce que la pluralidad legislativa es un bien constitucionalmente reconocido, pero sólo la originada por las divergencias históricas existentes y que es necesario conservar y adaptar a la realidad social de cada momento, por ello bastaría para declarar la inconstitucionalidad de ciertas legislaciones autonómicas sobre uniones libres, la ausencia de una tradición foral, o la falta de arraigo histórico o social de la situación de hecho que se pretende regular.

Por todo ello resulta imprescindible el estudio de la doctrina constitucional sobre el alcance del *desarrollo del Derecho foral*. Dicha doctrina afirma la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral propio puedan regular instituciones conexas a las ya reguladas en sus *Compilaciones dentro de una actualización o innovación de los contenidos según sus principios informadores particulares*. Distingue la autora dentro de dicha conexión dos aspectos: institucional y principal. Considera que, dentro de esa necesaria conexión institucional, es factible extender las consecuencias jurídicas de una determinada norma a las uniones de hecho, pero se muestra contraria al establecimiento por esta vía de un estatuto jurídico propio que pretenda abarcar toda esta realidad. En opinión de la autora tampoco existe

una conexión basada en la evolución y en el desarrollo de los principios informadores del Derecho foral o especial que se trate, ya que el fenómeno de las uniones de hecho no constituye una singularidad foral de un territorio autónomo concreto. Finalmente, señala como toda regulación autonómica sobre las parejas de hecho, a pesar de intentar originar un estatuto jurídico completo, no podrá conseguirlo, puesto que necesitará llevar a cabo continuas remisiones a la ley estatal en materias como nacionalidad y extranjería, legislación laboral, sanidad, hacienda ...

Llegados a este punto, menciona las Comunidades Autónomas que cuentan con su propia ley de uniones de hecho hasta el momento de la publicación de la obra, y hace especial hincapié en *la distinción de las competencias* entre dichas Comunidades (posteriormente a dicha publicación, Andalucía y Canarias han aprobado su correspondiente normativa). Rodríguez Martínez distingue entre aquellas Comunidades que contaban con una Compilación vigente en el momento de entrar en vigor la Constitución (Cataluña, Aragón, Navarra y Baleares) y aquellas que sólo contaban con su Derecho consuetudinario (Valencia y Asturias). Y, finalmente, el peculiar caso de la Comunidad de Madrid, que no goza de norma estatutaria alguna que establezca competencias en materia civil. Destaca con acierto la autora el problema de mutación del sistema de fuentes que se originaría en el caso de admitir la regulación autonómica sobre uniones de hecho realizada sobre una base consuetudinaria, ya que por esta vía la costumbre pasaría de ser una fuente supletoria a una fuente de aplicación preferente a la ley estatal, y esto tan sólo es posible en el caso previsto en el artículo 149.1.8.ª CE, en los supuestos en los que dicha costumbre tenga rango de Derecho civil foral, cosa que no sucede en la hipótesis cuestionada.

2.2 En este segundo apartado del primer capítulo, Rodríguez Martínez analiza con detenimiento las *competencias exclusivas del Estado en todo caso*, contenidas en el artículo 149.1.8.ª CE, y que por tanto no admiten delegación. Dichas competencias se refieren a materias que por su especial relevancia para la estructura estatal deben de ser reguladas de forma unitaria y uniforme. Se trata básicamente de: *a)* las competencias sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio; *b)* la competencia para la ordenación de los Registros, y *c)* la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de leyes.

La Constitución reserva en todo caso al Estado la competencia sobre las *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio*. La autora interpreta que dicha expresión constitucional abarca no sólo la competencia para determinar las formalidades de la celebración matrimonial, sino que también comprende el estatuto matrimonial general. Luego, si el término «formas» contenido en el artículo 149.1.8.ª CE no se interpreta como formalidad, sino como tipos de matrimonio, será el Estado el que tendrá la competencia para regular aquellas formas de convivencia estable que se presenten como alternativas a la convivencia matrimonial; y por este motivo la regulación autonómica podría calificarse de inconstitucional. Igualmente afirma que no cabe, en virtud del principio de igualdad, la equiparación entre las uniones de hecho y los matrimonios, ya que son realidades diferentes; lo que sí que cabe derivar de dicho principio es la necesidad de una regulación unitaria a nivel estatal, que impida que por razón de la vecindad civil que se ostente se conceda una protección jurídica diferente a iguales situaciones de hecho.

Podemos señalar en este punto cómo la tesis defendida por la autora tiene reflejo en la reciente STS de 5 de julio de 2001 en cuyo FJ 4.º –en relación con el distinto reconocimiento de derechos a las uniones de hecho en las diversas Comunidades Autónomas– se afirma que la falta de unidad en esta materia «... conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada una Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual es contrario abiertamente al principio de igualdad jurídica de los españoles, proclamado en el artículo 14 CE». No obstante, sería necesario recordar en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (entre otras, la STC 37/1981, de 16 de noviembre), donde se afirma que la diversidad normativa aplicable a un mismo supuesto derivada de la pluralidad legislativa autonómica no puede ser calificada directamente de contraria al artículo 14 CE, y por ello de inconstitucional, puesto que dicha legislación es posible que sea dictada dentro del sistema de distribución de competencias constitucionalmente previsto.

Rodríguez Martínez menciona, en segundo lugar, la competencia exclusiva del Estado sobre la *ordenación de los Registros públicos*. La autora critica a aquellos que defienden la constitucionalidad de las leyes autonómicas en este punto, ya que consideran que se trata de registros administrativos, que en nada afectan a la esfera jurídico-privada. La crítica es realizada desde una doble perspectiva. En primer lugar, destaca cómo la materia a la que afecta la creación y funcionamiento de los registros de uniones de hecho –relativa a la constitución y disolución de las uniones y al régimen jurídico de las mismas– no constituyen una materia ajena al Derecho civil. Y, en segundo término, afirma que los efectos que produce la inscripción en los citados registros no son meramente administrativos, sino que en legislaciones como la valenciana, balear o madrileña, la inscripción es de carácter constitutivo; es decir, lleva consigo no sólo la obtención de determinadas prestaciones sociales, sino también la aplicación de la propia ley; esto es, el reconocimiento de los derechos y obligaciones que en ella se contemplan. Señala la autora, coincidiendo con la de autorizadas voces de la doctrina, que la legislación sobre uniones de hecho supone la configuración de un nuevo estado civil, puesto que en definitiva la convivencia de hecho no es sino una situación jurídica de la persona en sociedad de la que se derivan derechos y deberes.

Por último, dentro de esta invasión competencial por parte de la legislación autonómica, se hace referencia a la competencia exclusiva estatal sobre *las normas para resolver conflictos de leyes*. Considera Rodríguez Martínez que «el único límite para la validez o eficacia de las normas forales que establezcan su propio ámbito de aplicación es el de que en ellas se introduzca una alteración del principio de un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles que coexisten en España». Esto se produce en las leyes autonómicas que incluyen normas que además de regular su ámbito de aplicación excluyen las de otras Comunidades Autónomas, pudiendo ser calificadas como inconstitucionales por este motivo.

2.3 Prosigue el estudio analizando en detalle la competencia exclusiva del Estado para regular *las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles*. Destaca, en primer lugar, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que afirma la imposibilidad de que con este precepto se anulen las competencias de las Comunidades Autónomas. Resulta imprescindible en este apartado la determinación del significado del término «condicio-

nes básicas». Este término hace referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales, que determinan que dichas condiciones sean imprescindibles para garantizar la igualdad, que no necesariamente consiste en una igualdad formal absoluta.

Siguiendo coherentemente la postura mantenida en el presente trabajo, Rodríguez Martínez afirma la competencia del Estado para regular las condiciones básicas del derecho a no casarse formando una unión libre, ya que se trata de la regulación de una forma de convivencia alternativa al matrimonio que da lugar a un estado civil. La legislación autonómica que constituye un régimen jurídico para las parejas de hecho a imagen y semejanza del matrimonial, invade las competencias estatales. Concluye este apartado poniendo en duda la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre uniones de hecho al amparo del artículo 149.1.8.ª CE, y cómo, aún en el caso de admitir dicha competencia, todavía le correspondería al Estado la regulación de las condiciones básicas o contenido primario de los derechos. Dicho contenido se incluye en las leyes autonómicas de uniones de hecho vigentes en la actualidad, pudiendo por ello ser calificadas como inconstitucionales en virtud del artículo 149.1.1.ª CE.

2.4 La autora se detiene finalmente en el último apartado del primer capítulo en el análisis del *motivo concreto de inconstitucionalidad de la ley navarra*, que admite la posibilidad de *adopción por parte de parejas homosexuales*. Nuevamente parte del doble enfoque de la cuestión. Así, desde un punto de vista formal, al intentar determinar la competencia del Parlamento foral navarro para legislar sobre adopción, considera que la constitución de la adopción y el estatuto básico de la misma, que incluyen la regulación de las condiciones de ejercicio de la posibilidad de adoptar, deben ser iguales en todo el territorio nacional y por ello su competencia está reservada al Estado, por ser una materia que afecta a las condiciones básicas de los españoles en el ejercicio de sus derechos (art. 149.1.1.ª CE).

Y desde el punto de vista material, Rodríguez Martínez mantiene la postura mayoritaria contraria a la admisibilidad de este tipo de relaciones que considera que, dado que la adopción persigue la integración del menor no sólo en el grupo familiar, sino también en la sociedad, y esta última no termina de aceptar las uniones de personas del mismo sexo, al primar en todo caso el interés del menor, éste se vería lesionado de ser integrado en un núcleo familiar que es rechazado por la sociedad.

Respecto a esta cuestión, simplemente cabe citar cómo poco a poco se va apreciando una evolución en la mentalidad de la sociedad española. Así, el pasado año se elaboró por el Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla un informe sobre el desarrollo infantil y adolescente en las familias homoparentales, que, a pesar de ser criticado, resulta favorable a este tipo de adopciones, al no considerar perjudicado el desarrollo y el interés de los menores.

3. El segundo capítulo de la presente monografía examina la posible *inconstitucionalidad de las leyes sobre uniones libres desde un punto de vista material*. Para ello centra su análisis en dos cuestiones esenciales: en primer lugar se plantea el problema de su regulación, es decir, si dichas uniones merecen una atención legislativa específica o debe tratarse de un estatuto de mínimos, y, en segundo lugar, se cuestiona si dicha regulación ha de contemplar supuestos análogos a los contemplados en la normativa matrimonial.

3.1 Ante la necesidad de resolver las cuestiones jurídicas que las uniones de hecho plantean en la práctica, Rodríguez Martínez se decanta (dentro del binomio *tutela específica frente a regulación integral*) por una regulación mínima y específica. Tal conclusión se fundamenta en el respeto a los derechos constitucionales de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y el derecho a no ser tratado como casado (art. 32 CE). Dado que la esencia de la unión libre radica en su libre ruptura, no ha de considerarse legítima la aplicación automática de determinadas leyes (como la catalana, asturiana o navarra), que establecen derechos y obligaciones siempre que la convivencia haya durado un determinado período de tiempo o siempre que exista una descendencia común.

La autora está de acuerdo en compensar los enriquecimientos injustos que la convivencia haya podido originar, pero es contraria al otorgamiento de pensiones compensatorias entre los convivientes, porque con ello se coarta ilegítimamente el derecho a la libre ruptura.

Destaca igualmente la contradictoria jurisprudencia constitucional que ha establecido la igualdad de trato entre la unión matrimonial y de hecho cuando se trata de relaciones entre particulares (LAU), y consagra la desigualdad cuando se trata de reclamaciones frente al Estado (pensión de viudedad).

Concluye este apartado manifestando la necesidad de que el legislador preste atención legislativa a este tipo de relaciones de convivencia, pero «ha de tratarse de un estatuto de mínimos, para la solución de problemas concretos, que en ningún caso se aplique automáticamente, y no en aras de una equiparación con el matrimonio, sino disponiendo la regulación o tutela que merezca el supuesto de hecho, que es un tipo de convivencia distinto».

3.2 Para concluir este último capítulo de su obra, Rodríguez Martínez hace referencia al problema de la admisibilidad de *la aplicación analógica de la normativa matrimonial* a las parejas de hecho. Para poder aplicar este medio de integración de normas es necesario que concurren dos requisitos esenciales: la existencia de una laguna y la identidad de razón entre el supuesto regulado y el carente de regulación. La autora considera que la falta de un precepto aplicable a un supuesto controvertido llevará a la aplicación de las normas generales, no encontrándonos ante una laguna sobrevenida en este supuesto, sino ante una falta de previsión intencionada. Dada la procedencia autonómica de la regulación existente, la autora afirma además que algunos aspectos no son contemplados por estas normas por falta de competencia y no porque se pretenda intencionadamente; pero en estos casos lo que parece claro es que ante la decisión del legislador autonómico de regular las parejas de hecho, habrá que rechazar la existencia de laguna en esos supuestos.

Finalmente, respecto al requisito de la identidad de razón entre la unión matrimonial y de hecho, considera Rodríguez Martínez que dicho requisito no concurre, aunque no comparte el motivo aludido por parte de la doctrina consistente en que el matrimonio sea una institución dotada de un régimen jurídico que les otorga derechos y también impone deberes y obligaciones a sus miembros, mientras que en la unión de hecho estos derechos y obligaciones faltan. La autora considera que no es posible hablar de analogía porque la similitud de ambas formas de convivencia no implica la necesaria identidad de razón. Mientras que en el matrimonio el consentimiento se presta de acuerdo a unas formalidades determinadas que hacen que surja un vínculo matrimonial —que sólo es disoluble por el procedimiento legal establecido—, en las uniones de hecho es la convivencia *de facto* la que consolida el compromiso

entre los convivientes, quedando siempre margen a la libre ruptura. Así, la analogía sólo debe plantearse respecto de normas en concreto, pero no con instituciones en su conjunto para dotarlas de un estatuto similar. En consecuencia, dicho estatuto de mínimos que proteja las uniones de hecho no ha de suponer una equiparación con el matrimonio, y deberá respetar en todo caso el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad.

Susana ESPADA MALLORQUÍN
Universidad Autónoma de Madrid

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: *Derecho privado europeo*, ed. Comares, Granada, 2002, 362 pp.

Las actuales tendencias de aproximación e integración de los Ordenamientos jurídicos europeos en el ámbito del Derecho privado hacían imprescindible un libro como el reseñado.

La obra se divide en dos partes: la primera de ellas se ocupa del Derecho privado comunitario, mientras que en la segunda se analizan las distintas vías que se han propuesto para elaborar un Derecho privado europeo. Esta estructuración dota de coherencia a la obra: así, en la primera parte de lo que se trata es de informar acerca de los pasos que ya se han dado en orden a unificar algunas ramas del Derecho privado y de los elementos con los que cuenta el Derecho comunitario para ello. La lectura de esta primera parte ofrece al lector una fotografía del panorama actual, que aporta los elementos necesarios para seguir al autor en los distintos razonamientos que le llevan a dar una determinada respuesta a la cuestión en torno a la que se construye la segunda parte del libro: cuál es el método más adecuado y factible para, a partir de la situación presente, avanzar hacia la construcción de un Derecho privado europeo.

De lo dicho hasta ahora puede inferirse fácilmente que nos encontramos ante un libro que no cabe calificar de meramente informativo; el lector no sólo encontrará numerosos datos normativos y jurisprudenciales en torno al tema objeto de la obra, sino que además advertirá un análisis crítico de los mismos, realizado desde una perspectiva que no se abandona en ningún momento: la de las ventajas e inconvenientes que existen en el ámbito europeo para unificar el Derecho privado.

Las limitaciones propias de una reseña nos impiden reflejar todas las aportaciones del libro; no obstante, intentaremos ofrecer lo que, a nuestro entender, constituyen las claves para su lectura.

Lo primero que cabe destacar es lo que podríamos denominar «conceptos centrales» de la obra cuyo conocimiento resulta imprescindible para una adecuada comprensión del libro. Así, recogiendo la definición que al efecto ha propuesto Müller-Graff, se habla de *Derecho Privado Comunitario* para referirse al «Derecho comunitario vigente que contiene reglas de Derecho privado vinculantes para los Estados miembros de la Comunidad Europea» (p. 2). Dentro del Derecho privado comunitario debe distinguirse entre *originario* y *derivado*; en el primero se incluyen los principios generales del Derecho originario, las normas de los Tratados constitutivos de directa aplicación al Derecho privado, junto con las normas de éstos de incidencia indirecta, las libertades y políticas comunitarias y los derechos fundamentales, así como los

convenios internacionales que se han ido incorporando al Derecho comunitario. El Derecho derivado, por su parte, está constituido por los Reglamentos y las Directivas.

Gran importancia revisten igualmente los conceptos de *integración negativa y positiva*. La primera de ellas se refiere a la prohibición que pesa sobre los Derechos privados nacionales de introducir obstáculos o impedimentos a las libertades de circulación (p. 12). La integración positiva, por su parte, busca una armonización reactiva y una armonización activa: en el primer ámbito se trata de paliar las consecuencias desintegradoras a través de la regla de reconocimiento y, en el segundo, de proteger a determinados grupos o intereses materiales concretos a través de la aproximación de legislaciones.

Si en la primera parte los conceptos claves son los señalados, los términos en torno a los que principalmente gira la segunda parte son los relativos a las opciones para la construcción de un Derecho privado europeo, opciones que inciden en el propio concepto de Derecho privado europeo: en este sentido se habla en primer lugar de unificación del Derecho europeo (desde arriba y desde abajo) o *heavy Law* y, en segundo lugar, del resultado del estudio de las divergencias y principios comunes o *soft law*.

Apuntados los conceptos más significativos, abordamos ya las ideas clave de la obra; para ello comenzamos por la primera parte que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, se ocupa del Derecho privado comunitario, poniendo de relieve los problemas que han surgido en su desarrollo, así como sus propias características, que han conducido a una «visión pesimista o crítica del Derecho privado comunitario» (p. XIX).

En concreto, el autor examina de qué manera se ha llevado a cabo hasta este momento la armonización del Derecho privado, tanto a través del Derecho originario como del derivado. Así, en relación con el primero de ellos, el autor se ocupa principalmente de analizar la incidencia en el ámbito del Derecho privado, de la libertad de circulación de mercancías (pp. 15 a 22), de capitales (pp. 23 a 24) y de personas (pp. 24 a 34). En este ámbito resulta de especial importancia el papel del TJCE, pues en materia de libre circulación de mercancías existe una interpretación jurisprudencial restrictiva que ha supuesto una reducción del efecto libertad y del rigor de la regla de reconocimiento en los supuestos más vinculados al Derecho privado (*vid.* a este propósito las sentencias comentadas por el autor, pp. 16 y 19). Un fenómeno parecido se produce en el ámbito de la libre circulación de personas en el que la jurisprudencia del TJCE incide de manera más acusada en las normas de Derecho público. Para el autor, la menor permeabilidad de las normas de Derecho privado nacional a la integración negativa estriba en el distinto alcance que supone para la identidad o cultura jurídica de los Estados miembros una sanción de contrariedad con el Derecho comunitario cuando se trata de una norma de Derecho privado (p. 33).

Puesta de relieve la insuficiencia de la integración negativa para la unificación del Derecho privado, propia del Derecho privado comunitario originario, el autor pasa a analizar el Derecho derivado, centrándose fundamentalmente en las Directivas, puesto que constituyen el cauce utilizado para la armonización jurídica en el ámbito del Derecho privado (p. 36). Aun siendo esto así, los resultados que nos ofrecen con vistas a una armonización del Derecho privado no son mucho más alentadores que los del Derecho comunitario originario. Para el autor son varias las razones que impiden conseguir unos resultados satisfactorios: así, se alude a los mecanismos de transposi-

ción de Directivas (que no garantizan la unificación jurídica), al valor relativo del carácter vinculante, a la eficacia jurídica limitada por su aplicación directa única y exclusivamente a las relaciones verticales, a los estándares mínimos de protección o reglamentación y, por último, al inconveniente práctico que supone la aplicación de las Directivas en supuestos de relaciones jurídicas transfronterizas. A ello se une que en el ámbito del Derecho privado las Directivas han adoptado una forma de regular más bien propia del Reglamento, por su carácter detallado y cerrado, lo cual lleva a que «presentan los peores inconvenientes de una y otra formas jurídicas» (p. 42).

Desarrollados estos problemas (pp. 73 a 90), que podríamos calificar de intrínsecos a la estructura de los instrumentos normativos utilizados para la armonización, se pasa a un análisis de contenido, esto es, de las distintas materias afectas por el Derecho privado comunitario; en este apartado el lector puede encontrar abundante información acerca de la producción normativa del Derecho comunitario en las materias tratadas. Especial atención merece el ámbito de las obligaciones contractuales, lo cual no debe sorprender pues, tal y como observa el propio autor, se trata del «Derecho privado comunitario más desarrollado desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo» (p. 50). Tras una referencia, ineludible en este ámbito, a las Directivas de consumidores, se tratan otros contenidos tales como la responsabilidad extracontractual (pp. 51 y 52), los derechos reales (pp. 52 y 53), el Derecho procesal (pp. 54 y 55), el Derecho laboral (pp. 56 a 58) y las instituciones de Derecho mercantil (pp. 58 a 73).

La referencia al papel del TJCE en relación con las Directivas era imprescindible, puesto que en ellas encontramos abundantes conceptos generales y abiertos que necesitan ser concretados por el citado Tribunal (p. 90); sin embargo, no se olvida la división doctrinal existente en torno a la competencia del TJCE y de los jueces nacionales en relación con la interpretación de las Directivas; el autor resuelve dicha disyuntiva apuntando que el contenido mínimo de los conceptos debe ser interpretado por el TJCE con el fin de abastecer de un estándar mínimo para la interpretación nacional, sin que ello impida a los jueces nacionales una interpretación más prosectora (p. 98).

Tras haber ofrecido al lector la situación actual en la que se encuentra la armonización del Derecho privado y haber puesto de relieve las deficiencias del sistema, el autor aborda la perspectiva de futuro. Desde el principio se informa acerca del propósito de la segunda parte del trabajo: «En esta segunda parte nos proponemos analizar en qué medida resulta aconsejable la superación del Derecho privado comunitario tal y como aparece concebido en la actualidad y cuáles pueden ser las vías idóneas, en su caso, para alcanzar un Derecho privado europeo» (p. 141).

Es interesante señalar que, aun cuando el autor ha ido poniendo de relieve en la primera parte las deficiencias del sistema actual de integración [a título de ejemplo, en relación con las Directivas relativas a las obligaciones contractuales podemos leer que «la incidencia que la adaptación iba produciendo en el Derecho contractual de los Estados miembros, produciendo rupturas y contradicciones, ha sido la causa fundamental de las propuestas que proponen avanzar hacia un Código civil europeo o, al menos, hacia un Código de las obligaciones, capaz de suministrar los principios de un verdadero sistema jurídico» (p. 45)], en la segunda parte comienza planteándose la cuestión de si existe justificación suficiente para superar esas deficiencias a través de la construcción de un Derecho privado europeo. La respuesta del

autor a la pregunta formulada es positiva; para llegar a dicha conclusión, utiliza las categorías de *eficiencia económica* y *eficiencia jurídica*, planteándose, dentro de estos ámbitos, en qué materias concretas resulta necesaria la armonización y poniendo de manifiesto que los instrumentos actuales con los que contamos son insuficientes para lograrlo. A título de ejemplo, dentro de la eficiencia económica, y, en concreto, en relación con el problema del falseamiento de la competencia, el razonamiento es el siguiente; en primer lugar, se pone de relieve la importancia de este sector en el ámbito comunitario: «Un mercado único, por definición, debe procurar que su funcionamiento se produzca en condiciones de competencia perfecta y, por tanto, tratar de eliminar todos los obstáculos o situaciones que distorsionen o falseen la competencia en el mercado» (p. 145). A continuación se afirma que la vía para superar este problema consiste en la unificación del Derecho privado: «cualquier divergencia en el Derecho privado, introduce una diversidad de costes que potencialmente introduce situaciones diferenciales en la posición competitiva, de forma que la consecución de un auténtico mercado interior requeriría una unificación global del Derecho privado europeo, esto es, un Derecho privado europeo construido exclusivamente desde arriba» (p. 154). Planteado el problema y la solución, el autor pone de manifiesto la insuficiencia de los instrumentos actuales para llegar a ella: «Sin embargo, en el estado actual del Derecho comunitario, la limitación de las competencias de la Comunidad Europea impide alcanzar este objetivo desde el Derecho privado comunitario» (p. 154).

En el ámbito de la eficiencia jurídica, el argumento fundamental que justifica el recurso a un Derecho privado europeo consiste en que «la insuficiencia del Derecho privado comunitario se debe en buena medida a las propias limitaciones de los actos normativos de la Comunidad» (p. 161). Junto a esta razón coexisten otras, como el puntillismo y la ausencia de sistema jurídico, la vulgarización del Derecho privado comunitario, la aporía y el problema interpretativo, la complejidad de planos y la lógica de la integración axiológica del Derecho privado (pp. 162 a 190).

Tras haber justificado del modo señalado la necesidad de construir un Derecho privado europeo, el autor se dispone a analizar las distintas vías existentes para ello.

Así, en relación con la *unificación del Derecho europeo desde arriba*, son dos las cuestiones que se plantean: en primer lugar, su viabilidad y, en segundo lugar, la conveniencia de adoptarlo.

La respuesta a la primera cuestión (*viabilidad*) es negativa, por varias razones: ante todo la falta de competencia de la Comunidad Europea para llevar a cabo una unificación del Derecho privado europeo. A este propósito se aborda el denominado «problema constitucional», esto es, la justificación en los Tratados constitutivos de la competencia de la Comunidad Europea para proceder a una unificación del Derecho privado europeo en la línea de las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989, 1994 y 2001. Son varios los aspectos que se tratan a este propósito; en primer lugar, se analizan las propias disposiciones del TCE. Así, tras descartar la justificación de la competencia en algunas disposiciones dispersas del Tratado de la Comunidad Europea, o en el nuevo título IV del mismo, el autor se centra en los artículos 94 y 95 TCE concluyendo que dichos preceptos contemplan las acciones referidas a la aproximación de legislaciones que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, por lo que sólo justificarían

acciones puntuales. En segundo lugar, se alude a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, apuntando que la mayoría de la doctrina considera que constituyen un obstáculo insalvable para justificar la competencia de la Comunidad Europea (p. 217). Para el autor, sin embargo, el principio de subsidiariedad no constituye un verdadero obstáculo. En efecto, podemos leer: «una vez constatado el riesgo potencial y sensible de falseamiento de la competencia, los poderes atribuidos por el art. 95 CE a la Comunidad, en orden a la armonización de legislación, resultan por definición invulnerables al principio de subsidiariedad, pues, por principio, la unificación o la armonización es un objetivo alcanzable únicamente a través de una acción supranacional, esto es, comunitaria» (p. 220). Para el autor, el verdadero obstáculo reside en el principio de proporcionalidad: «el principio de proporcionalidad es la verdadera razón de que el Derecho privado comunitario haya limitado sus acciones a estándares mínimos de armonización y explica la característica esencial que hace de un Código civil una solución incompatible con el actual Derecho comunitario: su desproporción» (p. 222). En tercer y último lugar, el autor tampoco considera que la competencia de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho europeo pueda basarse en la denominada «doctrina de los poderes implícitos», reflejada en el artículo 308 TCE (pp. 223 y 224).

Aun cuando se entendiese que la Comunidad tiene competencia para la unificación del Derecho privado europeo, existe otra razón que lleva al autor a descartar la construcción del mismo desde arriba: los límites derivados de la necesaria vinculación de las acciones comunitarias con el funcionamiento del mercado interior. Así, en primer lugar, nos encontramos con un límite de tipo material: las acciones comunitarias dejarían fuera del ámbito de aplicación algunas materias de Derecho privado, como el Derecho de familia, el Derecho sucesorio, el ámbito de los derechos reales o el Derecho procesal civil (pp. 204 a 207).

La necesaria vinculación con el mercado interior implica también la existencia de un límite espacial, y es que, en palabras del propio autor «el funcionamiento del mercado interior sólo exige una aproximación de legislaciones relativa al régimen jurídico de las relaciones intracomunitarias [...] pero no afecta a las situaciones propiamente internas» (p. 212). Como apunta más adelante, para que fuese posible una unificación del Derecho nacional, incluidas las situaciones internas, debería demostrarse que la diversidad de legislaciones afecta de manera sensible a las condiciones de competencia del mercado (p. 214).

Por último, nos encontramos con un límite de tipo personal ya que las libertades vinculadas a la libre circulación de personas se garantizan únicamente a los nacionales de los Estados miembros pero no a los nacionales de terceros Estados.

Es importante poner de relieve que el análisis de la viabilidad de la unificación del Derecho privado europeo desde arriba, brinda la oportunidad al autor de tratar la cuestión relativa a la identidad de los Derechos nacionales: en concreto, se observa que, aun cuando consideremos necesario proceder a la unificación del Derecho europeo, el principio de proporcionalidad «exige valorar si la medida de lo necesario produce o no un daño desproporcionado en la identidad de los Derechos nacionales» (p. 225). La cuestión que se plantea es si existe un *ius commune*, en cuyo caso no sería necesario acudir al principio de proporcionalidad, puesto que quedaría vacío de contenido el concepto de identidad jurídica nacional, o si tal *ius commune* no existe, lo

cual haría de la identidad jurídica nacional un obstáculo insalvable. Pues bien, según el autor «pese a múltiples elementos de coincidencia, la diversidad jurídica europea persiste en la actualidad» (p. 233), tal y como demuestra en las páginas siguientes (pp. 234 a 271).

En relación con la *conveniencia* de la unificación del Derecho privado europeo desde arriba, el autor hace referencia a los riesgos de la codificación, tratados en un epígrafe que evoca expresamente la famosa obra de Savigny: «De la vocación de nuestro siglo para la codificación del Derecho privado europeo». Para el autor, los riesgos que implica la unificación de un Derecho europeo desde arriba consisten fundamentalmente en la petrificación, el déficit democrático y el sacrificio de la necesaria consideración de la actividad social como cultura (pp. 274 a 276).

Sánchez Lorenzo tampoco se muestra a favor de la *unificación del Derecho europeo desde abajo*, esto es, de una construcción del mismo a partir de la *auctoritas doctrinal*. De hecho, somete esta opción a una dura crítica calificándola de «universalismo academicista, nostálgico de épocas muy lejanas en que un maestro universitario podía explicar Derecho positivo con una movilidad geográfica envidiable» (p. 295). Para el autor, la tarea a realizar en el ámbito académico consiste en la potenciación de los estudios de Derecho comparado, con vistas a lograr una comunicación de los diversos sistemas jurídicos europeos, puesto que «la finalidad última del DPE no es el *ius privatum europaeum* del Código civil que reclama el Parlamento, sino un *ius communicationis*, que ha de empezar en las aulas universitarias» (p. 307).

¿Qué vía propone el autor? La respuesta a esta cuestión es doble: en primer lugar Sánchez Lorenzo considera que el modelo a seguir es el de los *Principios de Derecho Contractual Europeo*. A ellos se dedican algunas páginas, recordando el modo en que surgieron y se han ido desarrollando, y analizándolos desde el punto de vista de su utilidad para la unificación del Derecho privado europeo. A este propósito el autor llama la atención sobre un dato que califica de paradójico: en concreto, en los propios PECL se afirma que constituyen el núcleo para construir un Código civil europeo, lo cual «implicaría la pérdida de lo mejor que éstos pueden ofrecer en la hora actual: su versatilidad, su capacidad para adecuarse a la continua evolución, flujo y reflujo de las tendencias de reglamentación en materia contractual» (p. 313). Es importante señalar que no se olvidan las críticas que se han esgrimido en contra de tomar a los PECL como embrión para un Derecho privado europeo (p. 314) y que no faltan las referencias a los Principios UNIDROIT (pp. 314 a 316).

En segundo lugar, el autor considera imprescindible la *armonización interna*, es decir la convergencia de los Derechos privados nacionales a través de la acción unilateral de los Estados. En este sentido, se propone la equiparación de derechos dentro de los Estados miembros, entre sus nacionales y los nacionales de los demás Estados miembros para evitar la discriminación inversa. De este modo «*de iure* lo que se consigue es que el plan de reglamentación del Derecho comunitario, el valor social, económico o político que subyace en la reglamentación comunitaria se incorpore al Derecho nacional» (p. 321). Dentro de este ámbito, destaca igualmente la labor de los tribunales en la armonización interna.

Por último, no queremos dejar de señalar la referencia en la obra al papel del Derecho internacional privado en el ámbito analizado, referencia imprescindible teniendo en cuenta la condición del autor (Catedrático de Derecho Internacional Privado), que, sin embargo, no impide que aborde este tema de

un modo objetivo e incluso, en ocasiones, crítico. Así cabe calificar el análisis que lleva a cabo del papel que actualmente desempeña el Derecho internacional privado en el Derecho privado comunitario, al que dedica un capítulo entero (cap. IV, pp. 115 a 137); en relación con la función del Derecho internacional privado en la construcción de un Derecho privado europeo señala el autor que «no puede aceptarse la tesis que defiende la suficiencia de la unificación del Derecho internacional privado europeo como elemento sustitutivo o alternativa a la armonización de los Derechos materiales» (p. 330); de este modo «el Derecho internacional privado no es una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo que se muestra especialmente útil para ir preparando el terreno de una armonización progresiva, lenta y blanda» (p. 332).

A modo de conclusión, podemos afirmar que el libro reseñado aporta numerosos elementos de reflexión que, unidos a la abundante bibliografía que puede encontrarse al final de la obra, invitan a seguir debatiendo sobre un tema que sigue abierto y que cuenta con numerosos puntos de discusión que en el libro se sistematizan y ordenan, llevando a cabo un análisis racional y fundamentado.

Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI
Universidad Autónoma de Madrid

VV. AA. (dirigidos por Ángel Carrasco Perera): *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, 423 pp.

Bajo la dirección del Catedrático de Derecho Civil Ángel Carrasco Perera, la monografía que presentamos, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, constituye un estudio en el que especialistas de diversas ramas en el mundo del Derecho aúnan sus esfuerzos a la hora de describir el estado de la regulación actualmente existente en nuestro país en materia de consumo, así como el reparto de competencias y las técnicas de protección con que cuenta en la actualidad el consumidor español.

La obra recensionada se halla dividida en siete capítulos, dedicados respectivamente a la «Delimitación del ámbito del Derecho del Consumo» (cap. I), «El reparto competencial en materia de consumo» (cap. II), la «Descripción de la normativa estatal y autonómica ordenada por sectores» (cap. III), «El Derecho de información del consumidor y sus técnicas de protección» (cap. IV), «Los instrumentos procedimentales para la defensa de los consumidores» (cap. V), «Técnicas de protección jurídico privadas» (cap. VI) y «Sociedad de la información y servicios públicos como ámbitos especiales de protección» (cap. VII).

En ella han participado tanto juristas que pueden aportar una visión desde el Derecho privado (Manuel Jesús Marín López, Iván Trujillo Díez, Carmen González Carrasco y el propio director del proyecto), como especialistas que pertenecen al ámbito del Derecho administrativo (Luis Ortega Álvarez, Consuelo Alonso García y Jesús Punzón Moraleda) y arrojarán luz, por ello, sobre los interrogantes que esta disciplina plantea en el ámbito del Derecho público. Debemos subrayar al respecto que algunos participantes aportan amplia experiencia en el tratamiento de estos temas, como es el caso de Ángel

Carrasco Perera en el ámbito del arbitraje de consumo o de Manuel Jesús Marín López, autor de «La compraventa financiada de bienes de consumo» y coautor del «Código sobre Consumo y Comercio».

La extraordinaria amplitud de la materia a tratar nos revela la necesidad de acometer un esfuerzo conjunto, como el que aquí se emprende, como quiera que se suscitarán cuestiones, tanto procesales como sustantivas, susceptibles de ser tratadas desde diversas ópticas.

En algunos casos estaremos ante problemas que gozan de un fuerte arraigo doctrinal, como los riesgos de la contratación por adhesión, denunciados en el capítulo VI, que se enfrenta a las «Técnicas de protección privadas». La agilización y el ahorro de costes que implica la imposición de un clausulado idéntico a cuantos deseen contratar con un empresario, no impiden reconocer la eventualidad de que quien ostenta una posición de clara superioridad en la relación intente abusar de la misma provocando resultados injustos. Se suceden aquí referencias a la instauración de controles con carácter preventivo, como igualmente se exponen las medidas a adoptar en casos en los que asistamos a verdaderos desconocimientos de los derechos que han de ser reconocidos al consumidor.

Entre los primeros destacaremos la sanción de nulidad respecto a la renuncia anticipada de los derechos que han de ser reconocidos con carácter imperativo al consumidor o la obligatoriedad de poner a disposición de éste las condiciones generales, para que tenga puntual conocimiento del alcance de su decisión. Ampliamente tratadas por la doctrina civil y mercantil, éstas pueden encubrir la imposición de condiciones verdaderamente abusivas, prevaleciendo el empresario de la posición de clara supremacía que ostenta en la relación contractual y entrañando un verdadero atentado contra las exigencias de la buena fe.

El deber del empresario, como se nos ha recordado en los capítulos anteriores, va más allá de la transmisión al consumidor de una simple información de la posición que va a adquirir en el marco contractual, negándose la exigibilidad de aquellas condiciones generales que hubieran permanecido sustraídas al conocimiento del segundo. Abarcará, en general, el acercamiento a la otra parte del régimen legal que se encuentra diseñado para esa relación. En algunos textos, como se expone con detalle, la omisión de la forma escrita dará lugar a la nulidad del contrato (crédito al consumo), mientras que en otros se prevén sanciones administrativas si se omiten ciertos extremos (viajes combinados). En cualquier caso, el legislador vela por la inclusión de una serie de datos en el contrato que necesariamente han de ser mencionados y cuya omisión o inexactitud llevará aparejada, según su importancia, la liberación para el consumidor de tener que afrontar ciertas obligaciones o deberes (crédito al consumo y Ley de ventas a plazos).

La complejidad de algunos temas es innegable, por las ramificaciones que presenta el denominado Derecho del consumo. Pensemos que éste trasciende o supera el ámbito estrictamente interno, y presenta implicaciones desde la perspectiva del Derecho internacional tanto público como privado, como tendremos oportunidad de comprobar a medida que avancemos en la lectura de la monografía. Confirman lo anterior, respectivamente, las alusiones que se suceden a los esfuerzos por asimilar los contenidos de las Directivas comunitarias, o las menciones que se efectúan al llegar al séptimo y último de los capítulos, sobre los inevitables problemas que habrán de plantearse a la hora de determinar el Derecho aplicable y la jurisdicción competente para enten-

der de los litigios que se susciten en aquellos casos en que los contratantes se encuentren en diversos países. Teniendo presente, además, que en la actualidad la contratación a distancia por medios electrónicos es un fenómeno cada vez más frecuente.

Los coautores, como apreciará el lector, ofrecen una visión fundamentalmente crítica de la normativa actual, desentrañando las diversas implicaciones que presenta el Derecho del consumo, ora desde la perspectiva de un especialista en Derecho privado (concepto de consumidor, información contractual e integración de los contratos, contratación por adhesión, régimen de las condiciones generales y cláusulas abusivas y responsabilidad por daños ...), ora desde la de un conocedor del Derecho público. En este último terreno, hemos de destacar la situación en que se halla el consumidor como usuario de los servicios públicos, que se perfila en el último capítulo, como igualmente se analizan con detenimiento los conflictos de competencia que pudieran surgir entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En efecto, en relación con este último punto, en la obra se perfilan cuáles son los límites que no deben ser traspasados por aquéllas cuando hayan de asumir competencias en este ámbito, las cuales habrán de compatibilizarse con el riguroso respeto a las que, de modo exclusivo, tenga reconocido el Estado en virtud del artículo 149 CE. Se ha de tener presente que las Comunidades Autónomas no podrán jamás interferir en el plano del Derecho contractual, pues cualquier intento de innovación entraría en pugna con la exclusividad que en este plano ha de predicarse respecto al Estado, en materia civil y mercantil, sin perjuicio de que, como se aclara, hayan de resultar plenamente conformes a la Constitución las denominadas declaraciones programáticas, o también la adopción de sanciones administrativas ante la transgresión de prohibiciones o deberes de conducta que pesan sobre las partes contratantes. Partimos igualmente del reconocimiento de que la protección procesal de los consumidores es materia sobre la que el Estado ostenta competencia exclusiva, estando vedado a las Comunidades Autónomas incluso proceder al dictado de normas sobre establecimiento de un sistema general de arbitraje de consumo, dado que éste en la práctica vendría a funcionar a modo de equivalente jurisdiccional, posibilitando que las partes alcanzasen idénticos resultados a los que obtendrían a través de la jurisdicción civil.

De otro lado, la propia configuración del Estado español se esgrime para los autores como uno de los principales argumentos a la hora de rechazar fórmulas legislativas que han arrojado frutos positivos en otros países. Y así, la codificación, que se revela como instrumento idóneo en otras coordenadas para acometer una regulación ordenada del Derecho del consumo, se afirma, en las nuestras, como una solución inviable, por entrar en pugna con la diversidad de fuentes y con el dinamismo que las informa, que difícilmente resultarán conciliables con la permanencia que requiere y presupone el esfuerzo codificador, como podremos comprobar al llegar al capítulo III, en el que se acomete una «Descripción de la normativa estatal y autonómica ordenada por sectores». Este natural rechazo de la doctrina española hacia esta técnica, y el reconocimiento de la imposibilidad de concentrar en una sola ley la protección del consumidor, dados los diversos ámbitos en los que sus derechos pueden ser desconocidos y las implicaciones que ello puede producir en distintos sectores del Ordenamiento jurídico, no impide reconocer, empero, y así se denuncia en el presente trabajo, el riesgo de que la proliferación de normas pueda desembocar en un clima de inseguridad jurídica, ofreciéndose respues-

tas irreconciliables a cuestiones puntuales, lo que evidentemente, dificulta el objetivo primordial a perseguir: el amparo de quien en teoría está condenado a ocupar la posición más débil a la hora de contratar bienes o servicios.

Esta peculiar estructuración del Estado español, y la inevitable fragmentación que ello implica, así como nuestra pertenencia a la Unión Europea y la consecuente necesidad de servir a intereses superiores que guíen la actividad del legislador, suscitarán diversas consideraciones, que son objeto de análisis a lo largo del texto. Se denuncian, así, las divergencias que pueden llegar a surgir en momentos cruciales, no existiendo ni siquiera unanimidad en aspectos tan fundamentales como los concernientes a la delimitación del propio concepto de consumidor. Tras hacer unas reflexiones sobre este particular en el capítulo I, se ponen de manifiesto los contrastes que en este plano cabe apreciar en la normativa interna y comunitaria, así como cuál es la noción que finalmente se llega a proponer desde la jurisprudencia. Son denunciadas al respecto las continuas referencias al concepto de consumidor que se perfilan en la LGDCU, y la deficiente respuesta del legislador español que, lejos de acometer esfuerzos de armonización de nuestra normativa de acuerdo con las pautas y objetivos marcados en las Directivas, opta por una labor de reproducción mecánica de lo que allí se comprende sin que, en consecuencia, se pueda hablar de verdadera asimilación de su contenido a nivel interno.

Las restricciones que puedan afectar a las Comunidades Autónomas, como se nos recuerda, no sólo habrán de ceder ante las competencias ostentadas por el Estado, sino también ante los compromisos que éste ha asumido ante la Unión Europea.

Evidentemente, el ingreso de España en esta última no ha provocado una alteración en las reglas constitucionales de distribución de las competencias, pero obliga a efectuar una ponderación a fin de precisar los límites que el principio de unidad de mercado impone al ejercicio autonómico de competencias en la reglamentación de este último. Nuestra presencia en la Unión, como se pone de manifiesto a lo largo del trabajo, obliga al legislador español a adaptar de forma real y efectiva nuestra normativa a los objetivos comunitarios (se insistirá igualmente en ello en el cap. V cuando se trate el tema de las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y se aluda a la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998).

Habrà que pronunciarse acerca de la proporcionalidad de la decisión a adoptar, en el sentido de que el fin perseguido, aunque legítimo, hubiera podido alcanzarse con una medida acaso menos gravosa; o sencillamente si resulta rechazable por provocar desigualdad en las condiciones básicas en que han de ser ejercitados los derechos fundamentales por todos los españoles. Métodos ambos que, como se denuncia en el texto, presentan auténticas fisuras por cuanto ni la legitimidad del fin perseguido, ni la igualdad básica en el ejercicio de los derechos por todos los españoles constituyen parámetros de fácil concreción o aprehensión, que nos permitan pronunciarnos acerca de la adecuación de la medida.

Hemos de destacar, ante todo, el talante fundamentalmente crítico de la obra, que constantemente denuncia las imperfecciones que se advierten en la aplicación de las normas actualmente vigentes, proponiendo soluciones alternativas.

Cuando se aborda en el capítulo IV uno de los cauces a través de los cuales pretende el legislador reforzar la posición del destinatario final de bienes y servicios, a saber, la obligatoriedad de dispensar información puntual y veraz sobre las características esenciales de los productos y el carácter vinculante de las promesas hechas por el oferente a través de la publicidad, se alerta contra el riesgo de que el estado actual de la normativa vigente pueda reducir a la nada los buenos propósitos del legislador.

Como se nos explica, una de las técnicas de protección del consumidor radica en dotar a la publicidad de una función integradora, propiciando que ésta haya de vincular al oferente aunque no aparezca expresamente recogida en el contrato. De tal modo que las condiciones de calidad no podrán ser inferiores a las que se reflejaron en la primera, perjudicando así al consumidor, aunque nada habrá de impedir que no exista coincidencia entre la calidad anunciada y la finalmente ofrecida cuando el empresario proceda a entregar un bien que presente una perfección superior a la que se perfila en el contenido en la oferta, promoción o publicidad. El objetivo habrá de ser, pues, evitar un daño al usuario.

Sin embargo, para lograr esta meta y alcanzar otros muchos fines, se ha de combatir un mal que se denuncia en estas páginas: el peligro que viene representado por la dispersión normativa. No olvidemos que, como se acusa en el texto, nos hallamos ante un recurso que puede convertir a las personas en simples instrumentos (empleo de publicidad subliminal) o con el que se puede atentar contra valores consagrados en nuestra Carta Magna, transmitiendo mensajes que entren en pugna con los mismos.

La publicidad debe orientarse hacia finalidades rectas, y se habla así de los denominados «deberes precontractuales de información», que obligan al empresario, dada la profesionalidad que en él se presupone, a informar al consumidor acerca de extremos que le permitirán tomar libremente la decisión de contratar, cuando considere que el bien o servicio sirven para colmar con suficiencia sus particulares necesidades. Su inobservancia puede llevar aparejada que el contrato una vez perfeccionado, haya de quedar sin efecto, reconociéndose en favor del consumidor el derecho a desistir de aquél. La protección que se dispensa no se basa, como se nos explica, en la existencia de un vicio de consentimiento que haya de ser probado. Esto es, el consumidor no habrá de alegar error, sino moverse dentro de los límites temporales que la Ley marca para ejercitar el denominado derecho de desistimiento en una serie de casos que, por lo demás, constituyen un *numerus clausus* y le otorgan la posibilidad de reflexionar, durante un período posterior a la perfección, tras recibir una publicidad agresiva. Pensemos que ésta puede constituir el germen de un consumo desmesurado contra el que ahora se pretende reaccionar haciendo que el consumidor tome verdadera conciencia de lo que precisa o desea. Precisamente este carácter cerrado del derecho de desistimiento será cuestionado en la obra, partiendo del reconocimiento de que su extensión a otros supuestos, esto es, la generalización de este derecho, depositaría en manos del consumidor un sistema de protección ágil y nada costoso, sin perjuicio de que hubieran de ser mantenidas otras fórmulas que igualmente siguen presentando utilidad. La similitud que presentan otras hipótesis para las que no se halla prevista expresamente esta solución y donde, en consecuencia, no resulta hoy por hoy viable, demandaría, como se nos propone, esta respuesta, logrando una extensión de sus consecuencias positivas.

En el capítulo V, de otro lado, se denuncia cómo muchos mecanismos orientados a la defensa de los consumidores se alejan en su funcionamiento de lo que parecen inspirar sus respectivas denominaciones. Se reconoce, en efecto, que la perfecta defensa del consumidor es aquella que se articula a través de la agilización y el abaratamiento de los procesos. La LEC de 2000 ha procedido, así, a la regulación de las acciones colectivas, haciéndose eco del reconocimiento de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores que encuentra su origen, como sabemos, en la Ley general de consumidores de 1984. Esta posibilidad de que asociaciones de consumidores y usuarios procedan a la defensa de los denominados intereses difusos, amparada hoy por la nueva LEC, parece a simple vista un objetivo loable que reporta indudables ventajas (abaratamiento de los costes procesales, evitación de soluciones contradictorias ante un mismo problema por parte de los Tribunales y disminución del riesgo de indefensión, por cuanto los particulares jamás litigarían de forma separada para efectuar una reclamación de pequeña entidad). Mas se denuncia con razón en la monografía que presentamos que a veces no nos hallamos, en puridad, ante un daño que pueda calificarse como «colectivo», ni «difuso», por cuanto se impone reconocer que la situación a la que asistimos no representa más que una simple suma de daños individuales e intransferibles.

No se olvida, naturalmente, una mención al arbitraje o solución de conflictos al margen de la vía judicial, con relación al cual se resalta el papel desempeñado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que permitiría acoger, entre otras modalidades, el arbitraje de consumo, superando así las dificultades y deficiencias que se habían planteado con el texto de 1953. Se denuncian, empero, las fisuras que puede hallar en la actualidad el régimen arbitral en su funcionamiento, como quiera que los empresarios podrían boicotear dicho sistema negándose a proponer árbitros en las Juntas arbitrales, proponiéndose al respecto otras vías, y advirtiendo de la conveniencia de alertar al consumidor acerca del rechazo de esta fórmula.

En suma, la presente obra expone cuáles son los rasgos de la normativa actualmente vigente, criticando algunas de sus peculiaridades por los resultados negativos que se derivan a la hora de hacer realidad el mandato contenido en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, a la vez que establece las líneas de lo que se perfila como la evolución del Derecho español en la materia, advirtiendo que ésta partirá, no de una simple y mecánica recepción del Derecho comunitario, sino de la eliminación de normas que en nuestros días se revelan ya innecesarias y de un nuevo entendimiento del Ordenamiento acorde con las exigencias que, desde el exterior, nos vengán impuestas.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

ALPA, G.: «Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 597-606.

Orientación del Tribunal Constitucional italiano en materia de Derecho privado regional. La materia del derecho privado y el nuevo texto de la Constitución: ¿límites amplios o estrictos? (*Alma R. G.*)

BAZINAS, S. V.: «Der Beitrag von UNCITRAL zur Vereinheitlichung der Rechtsvolkschriften über Forderungsabtretungen: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen im internationalen Handel», *ZEuP*, 2002, núm. 4, pp. 782-803.

El autor analiza la Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, de diciembre de 2001, considerando su importancia como medio de financiación. (*I. G. P.*)

BENHAMOU, Y.: «Breves réflexions sur la place des juges face à la mondialisation. Contribution à l'intelligence critique de la globalisation», *RDS*, 2003, núm. 6, pp. 366-368.

Ante el fenómeno de la mundialización y la unificación se plantea el lugar actual del juez y su adaptación a las nuevas circunstancias. (*R. A. R.*)

BEYLEVELD, D./PATTINSON, S. D.: «Horizontal Applicability and Horizontal Effect», *L. Q. R.*, 2002, vol. 118, pp. 623-646.

Nueva aportación a la polémica sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales a partir del examen de la *Human Rights Act 1998*, que ha incorporado el CEDH al Derecho inglés. Los autores rechazan los argumentos textuales y normativos que se aducen en contra de esa eficacia horizontal y concluyen que los remedios existentes deben reinterpretarse a la luz del CEDH y que en última instancia éste puede invocarse para proteger intereses hoy todavía carentes de protección, como el derecho a la intimidad. (*J. R. I.*)

CARUSSI, D.: «Il principio di eguaglianza nel diritto civile: vecchie e nuove prospettive», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 148-158.

Aspectos novedosos en torno al principio de igualdad en su proyección en el Derecho civil (por ejemplo, respeto del principio de igualdad en la liquidación del daño a la persona, tratamiento de los datos personales y no discriminación en el uso de la información genética ...). (*Alma R. G.*)

CRISTAU, A.: «L'exigence de sécurité juridique», *RDS*, 2002, núm. 37, pp. 2814-2819. (*R. A. R.*)

DEL PRATO, E.: «Fonti legali ed usi», *RDC*, 2002, núm. 4, parte seconda, pp. 515-520.

Revisión de las fuentes del Derecho: la ley y los usos como fuentes y en especial los efectos de los usos negociales. (*M. R. D. R.*)

GAUVARQUE-COSSON, B.: «Faut-il un Code civil européen?», *RTDC*, 2002, núm. 3, pp. 463-479.

La base jurídica y la necesidad política de un Código civil europeo. Justificaciones y método. (*R. A. R.*)

GUTMANN, D.: «La fonction sociale de la doctrine juridique. (Breves réflexions à partir d'un ouvrage sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique)», *RTDC*, 2002, núm. 3, pp. 455-462.

La función social del Derecho a comienzos del siglo XXI. (*R. A. R.*)

HAKENBERG, W.: «Gemeinschaftsrecht und Privatrecht. Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2001», *ZEuP*, 2002, núm. 4, pp. 755-781.

La Jurisprudencia del TJCE en el año 2001, con especial atención al Derecho privado. (*I. G. P.*)

HOWARTH, D.: «Privacy, Confidentiality and the Cult of Celebrity», *Cambridge L. J.*, julio 2002, vol. 61, núm. 2, pp. 264-268.

Comentario de un supuesto de colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información en un caso de adulterio. El deber de secreto extiende el campo de protección de la esfera privada de la persona, pero la violación de ese deber no justifica en sí misma un mandamiento judicial a menos que se trate de una divulgación altamente ofensiva para una persona de «sensibilidad corriente». (*E. C. V.*)

HOWELLS, G. G.: «Federalism in USA and EC-The Scope for Harmonised Legislative Activity Compared», *ERPL*, 2002, vol. 10, pp. 601-622.

El TJCE anuló la Directiva comunitaria sobre la publicidad del tabaco, considerando que no podía ser calificada como medida del mercado interior. En este artículo el autor confronta esta decisión con un cierto número de resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos que han anulado igualmente leyes promulgadas al amparo de su Cláusula comercial. (*I. G. P.*)

LA TORRE, A.: «Il diritto giurisprudenziale: riflettendo su “Le nuove frontiere della giurisprudenza”», *GC*, 2002, núm. 10, pp. 425-454.

Reconstrucción histórica de la función del derecho jurisprudencial frente al derecho legal y su significado actual, en especial en materias como el derecho de la persona y la familia. (*M. R. D. R.*)

MOYSAN, H.: «La codification à droit constant en resiste pas à l'épreuve de la consolidation», *SJ*, 2002, núm. 27, I-147, pp. 1231-1236.

Fines de la codificación, fundamentalmente el asegurar la accesibilidad de la Ley. Problemas de contenido y dispersión normativa. Consolidación de la codificación y consecuencias posteriores. (*I. S. P.*)

MÖLLERS, T. M. J.: «European Directives on Civil Law-The German Approach: Towards the Re-codification and New Foundation of Civil Law principles», *ERPL*, 2002, vol. 10, pp. 777-798.

La armonización del Derecho por medio de Directivas está contribuyendo cada vez más a la creación de un mercado único en Europa, principalmente por medio del Derecho civil y mercantil. En este artículo se expone brevemente esta legislación. Además, se analiza el nuevo Derecho alemán de obligaciones de 2002 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) que reintegra las leyes de Derecho privado en el BGB, y que obliga a replantear numerosos principios convencionales del Derecho civil. (*I. G. P.*)

RAJNERI, E.: «La riforma del codice civile tedesco: spunti di riflessione», *GC*, 2002, núms. 7-8, pp. 325-343.

Reflexión sobre la reforma del Código civil alemán, para armonizar el Derecho europeo en materia de obligaciones y contratos, con especial análisis de las obligaciones sinalagmáticas, responsabilidad precontractual y tutela del consumidor. (*M. R. D. R.*)

RICCIO, A.: «Un *obiter dictum* della Cassazione sull'efficacia del precedente giudiziario», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 461-464.

Función de la jurisprudencia y del valor del precedente judicial: ¿sirven para uniformar? (*Alma R. G.*)

ROTH, W. H.: «Transposing “Pointillist” EC Guidelines into Systematic National Codes», *ERPL*, 2002, vol. 10, pp. 761-776.

El carácter fragmentario de las Directivas en el ámbito del Derecho privado no sólo ha provocado soluciones contradictorias a nivel del Derecho comunitario, sino que amenaza igualmente la coherencia de los sistemas

internos de los Estados miembros. La integración de las normas comunitarias puede obviar las incoherencias en los Códigos transformando las Directivas en leyes especiales. Lo que si bien parece una vía adecuada y explicable, no puede evitar que, a la larga, todo sistema legal basado en la idea de codificación se vea abocado a integrar tales normas en su respectivo Código, lo que inevitablemente producirá mayor complejidad. Por eso el autor considera que debe abandonarse esta vía de armonización fragmentaria y dirigir los esfuerzos a la elaboración de un Código civil consolidado. (*I. G. P.*)

SCHLESINGER, P.: «Interpretazione della legge civile e prassi delle Corti», *RDC*, 2002, núm. 4, parte prima, pp. 531-542.

Notas sobre los criterios de interpretación jurídica, doctrinal y jurisprudencial, en el ámbito de las fuentes del derecho. (*M. R. D. R.*)

SIEMS, M.: «Effektivität und Legitimität einer Richtlinienumsetzung durch Generalklauseln», *ZEuP*, 2002, núm. 4, pp. 747-753.

A la luz de la Jurisprudencia, el autor plantea si la transposición de las Directivas comunitarias tiene que necesariamente realizarse a través de una norma detallada, o si bastaría con introducir una cláusula general. (*I. G. P.*)

SUPIOT, A.: «Cinq questions pour la constitution d'une société européenne», *RDS*, 2003, núm. 5, pp. 289-293. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Les revues juridiques du XX au XXI siècle», *RTDC*, 2002, núm. 4.

Número especial dedicado al coloquio sobre la revista trimestral de Derecho civil en su centenario. Análisis del propósito de sus fundadores y su evolución. (*R. A. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

BOU, C. H.: «L'accès au dossier médical des patients atteints de troubles psychiatriques», *GP*, 2003, núms. 103-105, pp. 3-6.

Notas sobre el carácter y la licitud del acceso a informes médicos cuando los pacientes tienen enfermedades mentales. (*R. A. R.*)

CIRILLO, F. M.: «La progressiva conoscenza del genoma umano: tutela della persona e problemi giuridici connessi con la protezione dei dati genetici», *RDC*, 2002, núm. 3, parte seconda, pp. 399-419.

Revisión de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito de la ingeniería genética: acceso a información genética, protección de datos, contratos asegurables, etc. (*M. R. D. R.*)

CORNU, M.: «L'accès aux archives et le droit d'auteur», *RIDA*, enero 2003, núm. 195, pp. 3-107.

Reflexión sobre los conflictos que pueden surgir, en relación con los archivos, entre el interés por la investigación o por la información, y el dere-

cho del autor del archivo. El autor aborda, en concreto, la cuestión del acceso a los archivos motivado por el interés público. (C. J. D.)

DELGADO, A.: «Crónica de España», *RIDA*, julio 2002, núm. 193, pp. 149-287.

El autor hace balance de los *acontecimientos legislativos* y de algunas resoluciones interesantes de la jurisprudencia española en materia del Derecho de autor y derechos afines, desde la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual de 1996 hasta el primero de marzo de 2002. (C. J. D.)

EDELMAN, B.: «L'arrêt "Perruche": une liberté pour la mort?», *RDS*, 2002, núm. 30, pp. 2349-2352.

Debate filosófico sobre el derecho a nacer y el derecho a morir con motivo de la sentencia sobre el asunto *Perruche*. (I. S. P.)

FESTA, R.: «La Corte Costituzionale conferma l'annoverabilità del diritto al nome fra i diritti inviolabili della persona», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 13-21.

El derecho al nombre, patrimonio irrenunciable de la persona y signo distintivo de la personalidad. (*Alma R. G.*)

FLAUSS, J. F.: «Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Beyler c/ Italie du 28 mai 2002», *RDS*, 2003, núm. 4, pp. 227-229.

Estudios a propósito de la sentencia de la Corte europea de Derechos humanos, denominada asunto *Beyler versus Italia*. (*R. A. R.*)

FRANÇOIS, L.: «La Convention Européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes?», *RDS*, 2002, núm. 39, pp. 2958-2961.

Problema sobre el conflicto de leyes entre diversas convenciones en torno al problema musulmán. (*R. A. R.*)

FRANÇON, A.: «Chronique de France», *RIDA*, octubre 2002, núm. 194, pp. 149-185.

El autor da noticia de los acontecimientos legislativos y jurisprudenciales relativos al Derecho de autor que han tenido lugar en Francia desde 1999, en continuación de su Crónica anterior (se trata en este número de una primera parte, dedicada a la legislación). (C. J. D.)

FRANÇON, A.: «Chronique de France», *RIDA*, enero 2003, núm. 195, pp. 203-253.

Segunda parte de la crónica, en que el autor da noticia de los acontecimientos legislativos y jurisprudenciales sobre el Derecho de autor que han tenido lugar en Francia desde 1999 (esta segunda parte se dedica a la jurisprudencia). (C. J. D.)

GINCHARD, S.: «Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress», *RDS*, 2003, núm. 3, pp. 152-154. (*I. S. P.*)

LAROCHE-GISSEROT, F.: «Nom de la femme mariée: le désordre s'installe», *RDS*, 2003, núm. 10, pp. 633-637.

Consecuencias del matrimonio en el número de la mujer. El cambio de éste y sus efectos. Situación actual. (*R. A. R.*)

LEFRANC, D.: «L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité)», *RDS*, 2002, núm. 24, pp. 1926-1933.

La persona es el origen de nuestra concepción del derecho de autor. Los derechos de la personalidad ofrecen una protección potencial a toda persona, desde el valor social a la creación literaria y artística. (*R. A. R.*)

LOJACONO, P.: «La tutela della libertà religiosa dei prigionieri di guerra. (Una norma sconosciuta, ma significativa: l'art. 213 del codice penale militare di guerra italiano)», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 159-195.

Derecho a la libertad religiosa en el ámbito bélico. (*Alma R. G.*)

MALAUURIE, P. H.: «L'handicap de l'enfant: un droit désemparé. À propos de l'Avis du Conseil d'Etat du 6 décembre 2002», *SJ*, 2003, núms. 7-8, 1-110, pp. 285-288.

El caso *Perruche*, jurisprudencia y situación posterior. La opinión del Consejo de Estado de 2002 y los nuevos proyectos de ley sobre situación de desamparo de un menor. (*I. S. P.*)

MALAUZAT, M. I.: «Le projet de loi "bioéthique"», *RDS*, 2002, núm. 35, pp. 2688-2702.

Análisis del proyecto de bioética francés. Aciertos e inconvenientes del texto. (*R. A. R.*)

MALLET-POUJOL, N.: «Le double langage du droit à l'information», *RDS*, 2002, núm. 31, pp. 2420-2427.

Actualidad en la doctrina en torno al concepto de derecho de la información. El autor lo analiza como una libertad pública. (*I. S. P.*)

MANERA, G.: «Sulla possibilità per l'adottato maggiorenne, già figlio di ignoti, di conservare il proprio cognome originario», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 5-12.

Comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional acerca de si el adoptado, hijo natural no reconocido, puede mantener también el apellido originario. (*Alma R. G.*)

MARTIN, S.: «Le transfert sur toile à l'épreuve du droit d'auteur: commentaires de l'arrêt de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire C. Thérberge/Galerie d'art du Petit Champlain», *RIDA*, octubre 2002, núm. 194, pp. 125-147.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo canadiense sobre reproducción de un anuncio mural sobre lienzo. La sentencia trata lógicamente del derecho de reproducción, pero el autor llama la atención sobre la exposición que en ella se hace del origen y la filosofía del derecho de autor en Canadá. (C. J. D.)

MASSIP, J.: «La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille», *GP*, 2002, núms. 235-239, pp. 2-15.

Notas a la nueva ley francesa en materia de nombre y su incedencia ante las relaciones familiares. (R. A. R.)

MAZZONI, C. M.: «I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 119-128.

Concepto de embrión y de feto. Incidencia de la consideración del feto como persona respecto del inicio de la personalidad y de la capacidad jurídica. Feto y madre: derechos en conflicto. Posición jurídica del padre frente al embrión y al feto. Tutela del embrión *in vitro*. (Alma R. G.)

MEMETEAU, G.: «La jurisprudence dite "Perruche" et ses suites: fallait-il légiférer?», *GP*, 2002, núms. 289-290, pp. 3-11.

Consecuencias en el derecho a nacer y morir como consecuencia del asunto *Perruche*. Influencia en las soluciones siguientes desde los años noventa. (R. A. R.)

MONTELS, B.: «Droit de la propriété littéraire et artistique et droit public de la communication audiovisuelle: du domaine séparé au domaine partagé», *RIDA*, enero 2003, núm. 195, pp. 109-201.

Estudio acerca de las relaciones entre las dos ramas del derecho de lo audiovisual: el derecho público de la comunicación audiovisual y el derecho de autor o el derecho de la propiedad literaria y artística. El trabajo se refiere en particular al sistema francés. (C. J. D.)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del T. U. sull'immigrazione», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 112-147.

Necesidad de una protección desde la perspectiva civil frente a la discriminación del inmigrante. La prohibición de los actos de discriminación como límite interno de la autonomía privada. (Alma R. G.)

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «Il danno da motivazione ingiuriosa e l'ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'art. 4.1 n. 117 del 1988— nota a Cass. 25 gennaio 2002 núm. 871», *GC*, 2002, núm. 6, pp. 1586-1588. (M. R. D. R.)

NAPOLI, E. V.: «Una terza forma d'incapacità d'agire?», *GC*, 2002, núm. 9, pp. 379-383.

Breves notas a propósito de un proyecto de ley sobre la institución de la representación de incapaces e incapacitados: contenido de sus facultades y duración de la representación. (*M. R. D. R.*)

NEIRINCK, C.: «L'embryon humain: une catégorie juridique à dimension variable?», *RDS*, 2003, núm. 13, pp. 841-847.

Análisis sobre la consideración actual del embrión humano en el ámbito jurídico. (*R. A. R.*)

NGOMBE, L. Y.: «Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain», *RIDA*, octubre 2002, núm. 194, pp. 3-123.

El autor hace un estudio del derecho de autor desde la perspectiva iusnaturalista, analizando el distinto alcance de la influencia que el Derecho natural ha tenido en el derecho de autor francés y en el *copyright* norteamericano. El estudio favorece una reflexión acerca del espíritu inicial de los textos legales, a fin de interpretarlos correctamente y abordar el futuro protegiendo los principios intangibles. (*C. J. D.*)

OLIVO, F.: «Dati personali e situazioni giuridiche soggettive», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 157-206.

Estudio de la ley 675 de 1966, sobre datos personales: concepto, naturaleza jurídica, elemento de información y derechos e intereses de los sujetos particulares y de la comunidad.

Especial referencia a los límites de disponibilidad de la identidad y el principio de veracidad del dato y a los derechos de privacidad y rectificación. (*M. R. D. R.*)

PANSIER, F. J.: «Droits des patients de refuser toute transfusion sauf en cas de danger immédiat», *GP*, 2002, núms. 258-260, pp. 8-13.

Notas a las sentencias del Consejo de Estado de 16 de agosto de 2002, del Tribunal administrativo de Lyon de 9 de agosto y del Tribunal administrativo de Lille de 25 de agosto sobre derechos de los pacientes a rehusar tratamiento médico y sus límites ante el deber del médico. (*R. A. R.*)

PETTITI, C. H.: «Secret des sources du journaliste et secret professionnel de l'avocat», *GP*, 2003, núms. 89-91, pp. 14-17.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 2003 sobre libertad de expresión y protección de la vida privada. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droits fondamentaux et convention européenne des droits de l'homme», *GP*, 2002, núms. 277-278.

Estudios sobre derechos fundamentales en general y su incidencia en el ámbito comunitario. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2002, núms. 349-351.

Número especial sobre diversos aspectos incidentes en el Derecho a la salud: acceso del paciente a la documentación médica personal; confianza; incapacidad y solidaridad; cirugía estética; medicina preventiva; etc. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Le mineur en droit privé français», *GP*, 2003, núms. 80-81, pp. 2-9.

Estudio del patrimonio del menor y actos personales de éste en el ámbito jurídico francés. (*R. A. R.*)

XALABARDER, R.: «La protección internacional de la obra audiovisual: cuestiones relativas a la autoría y titularidad inicial», *RIDA*, julio 2002, núm. 193, pp. 3-147.

¿Es el director el autor o uno de los autores del audiovisual? El trabajo de Xalabarder plantea como *asignatura pendiente* del legislador, en el marco del Convenio de Berna, *la introducción de una solución uniforme para la autoría de la obra audiovisual*. Xalabarder estudia la cuestión de la ley aplicable para decidir sobre la autoría de la obra audiovisual, a partir de las normas vigentes. (*C. J. D.*)

ZACCARIA, A.: «La lesione della reputazione personale e il problema dell'onere della prova», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 536-540.

Tutela de la reputación en el ámbito de los derechos de la personalidad. Problemas que implica la acreditación de la lesión de tales derechos. (*Alma R. G.*)

PERSONA JURÍDICA

CAVALLO, B.: «La natura giuridica delle fondazioni bancarie», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 607-616.

La presunta naturaleza privada de las fundaciones bancarias. La tesis publicista acerca de la naturaleza de tales fundaciones. (*Alma R. G.*)

DELLACASA, M.: «La rappresentanza delle associazioni non riconosciute; regime delle contrattazioni e regole di formazione dottrinale», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 378-407.

Diversas cuestiones acerca de la representación de las asociaciones no reconocidas. (*Alma R. G.*)

LACHAUD, Y.: «Les sociétés coopératives hospitalières de médecins», *GP*, 2002, núms. 289-290, pp. 12-17.

Organización y consecuencias de la constitución de cooperativas médicas en el Derecho francés. (*R. A. R.*)

LIET-VEAUX, G.: «Les associations de personnes et les associations de biens», *SJ*, 2002, núm. 30, I-154, pp. 1389-1392.

Problemas en torno a la incompatibilidad entre las asociaciones de personas y la libertad de la persona para integrarse en ella o retirarse y las denomi-

nadas asociaciones de bienes o asociaciones *propter rem* ante las obligaciones reales de intereses. Asociaciones y copropiedad. (*I. S. P.*)

MARASÀ, G.: «Osservazioni su controlli e pubblicità degli enti del Libro I cod. civ. nel quadro attuale e nelle prospettive di riforma», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 243-249.

Control y publicidad de asociaciones y fundaciones. (*Alma R. G.*)

RICCIO, G. M.: «Le fondazioni universitarie», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 141-160.

Algunas cuestiones sobre las fundaciones universitarias: criterios y formas de constitución, actividades desarrolladas; reconocimiento de la personalidad jurídica; estatutos, patrimonio y fondos de gestión; órganos. (*Alma R. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AMADEI, D.: «Un'astreinte a tutela dei consumatori (note sul comma 5-bis dell'art. 3 l. n. 281 del 1998)», *GC*, 2002, núm. 9, pp. 385-394.

Notas sobre el nuevo párrafo 5 *bis* del artículo 3 de la ley de 30 de julio de 1998, número 281, relativo a una serie de medidas coercitivas, de ejecución forzosa, de obligaciones impuestas en sentencia judicial, como defensa de los intereses de los consumidores: ámbito de aplicación, contenido, procedimiento y adecuación a la Directiva comunitaria de 19 de mayo de 1998, número 98/27/CE. (*M. R. D. R.*)

AVRIL, Y.: «La responsabilité civile de l'avocat», *GP*, 2002, núms. 345-346 y 347-348, pp. 6 ss. y 2 y ss.

Análisis sobre la responsabilidad civil del abogado en general, carácter y carga de la prueba según su consideración sobre obligación de medios o resultado. (*R. A. R.*)

BARISON, S.: «Attraverso lo specchio: l'assicurazione per le malattie nel Paese delle clausole abusive», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 311-328.

Artículo sobre las cláusulas abusivas en el contrato de seguro. (*Alma R. G.*)

BARRET-BARNAY, M. C.: «L'appréciation de la régularité de la clause d'indemnité en cas de remboursement par anticipation, après renégociation du contrat de prêt immobilier», *RDS Aff.*, 2002, núm. 27, pp. 2178-2182.

Reembolso anticipado del crédito y derecho a exigir indemnización por intereses no vencidos. Posibilidad de renegociación del préstamo y su incidencia en la indemnización. (*I. S. P.*)

BENOZZO, M. M./BRUNO, F.: «La responsabilità civile del detentatore del rifiuti: problemi interpretativi e prospettive», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 322-349.

Los principios fundamentales de la política comunitaria ambiental y el futuro sistema de responsabilidad por los daños al medio ambiente. La responsabilidad de la gestión de los residuos. Los sujetos responsables: el pro-

ductor de los residuos y los sucesivos detentadores. La transmisión del deber de vigilancia y control sobre la gestión de los residuos. (*Alma R. G.*)

BERARDI, A.: «Trasferimento dell'azione civile risarcitoria nel processo penale: profili di legittimità costituzionale dell'estinzione del processo civile», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 401-405.

Artículo sobre las relaciones existentes entre la acción civil reparadora y la acción penal. (*Alma R. G.*)

BERNARD, A.: «Acceptation par le silence ou contrat forcé?», *RDS*, 2003, núm. 7, pp. 441-444.

El valor del silencio en los supuestos de contrato de seguro terrestre. (*R. A. R.*)

BERNARDEAU, L.: «Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heining, *Aff. C-481/99*», *SJ*, 2002, núm. 40, I-168, pp. 1719-1728.

Elaboración judicial de la doctrina del derecho de desistimiento de los consumidores en caso de contratos de crédito mobiliario. Prevalencia sobre el derecho interno. (*I. S. P.*)

BIBAL, F.: «Un enjeu majeur de l'indemnisation du dommage corporel: le choix du barème de capitalisation», *GP*, 2002, núms. 347-348, pp. 22-24.

Indemnización de daños corporales según un baremo. Elección de capitalización del daño. (*R. A. R.*)

BIGOT, J.: «La loi núm. 2002-1577 du 30 décembre 2002 sur l'assurance de la responsabilité médicale. Une lueur d'espoir pour les "clauses réclama-tions"», *SJ*, 2003, núm. 12, I-118, pp. 489-493.

Modificación de la responsabilidad civil médica por la ley de 30 de diciembre de 2002. El seguro de responsabilidad civil: cláusulas de reclamación y sus problemas. (*I. S. P.*)

BILOTTA, F.: «Morte del familiare convivente e danno esistenziale a carattere temporaneo del congiunto», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 69-95.

Indemnización del daño moral sufrido por un familiar ante el fallecimiento de su pariente. (*Alma R. G.*)

CALABRESE, A.: «Rescissione per lesione e alienazione di pacchetto azionario "strategico"», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 510-546.

Artículo relativo a la rescisión del contrato por lesión. (*Alma R. G.*)

CAPECCHI, M.: «La prova del nesso di causalità del danno da contagio di animali», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 409-411.

Artículo referido a la determinación de la relación de causalidad. (*Alma R. G.*)

CARBONE, P.: «I tanti volti della c. d. condizione unilaterale», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 240-284.

Diversas cuestiones acerca de la polémica figura de la condición unilateral: relación entre la condición unilateral y el contrato preliminar, la teoría de la condición pura y simple, la teoría del pacto de opción, la naturaleza de la renuncia a la condición, condición unilateral y relaciones con terceros, condición unilateral y condición meramente potestativa ... (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «Il danno esistenziale», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 251-264.

El daño existencial, una nueva categoría de la responsabilidad civil. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «Una svolta definitiva all'incerto incedere in tema di danni riflessi?», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 490-494.

Comentario a *Cass.* de 2 de febrero de 2001 sobre daños reflejos o indirectos: daño moral ocasionado al cónyuge del lesionado. (*Alma R. G.*)

CAVALLARO, M.: «Prassi applicativa e sistema del "danno da vacanza rovinata"», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 19-50.

Análisis de la posibilidad de protección del denominado *danno da vacanza rovinata* en el Ordenamiento italiano.

La autora parte de la STJCE de 12 de marzo de 2002 que erigió la indemnización del daño moral a principio de Derecho europeo.

Tras analizar los argumentos que la doctrina y la jurisprudencia italiana ha esgrimido a favor y en contra de la indemnización del daño por *vacanza rovinata*, la autora se inclina por una posición favorable con determinados límites.

Finaliza el artículo con algunas propuestas para la adecuada cuantificación del daño en estos casos concretos. (*B. F. G.*)

CEA, A.: «Questionario anamnestico, dichiarazioni inesatte e reticenze dell'assicurato», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 251-254.

Discusión sobre la existencia del derecho del asegurado a percibir una indemnización cuando ha omitido declarar, en el acto de celebración del contrato de seguro sanitario, algunas patologías sufridas en el pasado. (*Alma R. G.*)

CECCHERINI, A.: «Pubblicità televisiva, televendite e audiotex- nota a Cass. 13 dicembre 2001 n. 15747», *GC*, 2002, núm. 10, pp. 2492-2495. (*M. R. D. R.*)

CERESOLA, M.: «Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile di danno, nelle diverse ipotesi in cui la stessa sia divenuta o meno irrevocabile», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 307-310.

Relaciones entre el proceso penal y el proceso civil en la hipótesis de responsabilidad civil derivada de delito. (*Alma R. G.*)

CHIAIA NOYA, G.: «Limiti di intervento del Fondo di garanzia per le vittime della strada e responsabilità per colpevole ritardo nell'adempimento», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 245-248.

Responsabilidad de la compañía aseguradora por retraso culpable en el cumplimiento del pago de la indemnización y responsabilidad por la mala gestión desempeñada. (*Alma R. G.*)

CHINÈ, G.: «Spunti critici in tema di ratifica dei contratti formali e di rappresentanza apparente - nota a Cass. 9 luglio 2001 n. 9289», *GC*, 2002, núm. 5, pp. 1361-1369. (*M. R. D. R.*)

CIAN, G.: «La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti», *RDC*, 2002, núm. 4, parte prima, pp. 491-507.

Revisión del Derecho de obligaciones conforme a la tendencia actual de los Estados miembros de la Unión Europea: delimitación del objeto, evolución histórica, relaciones obligatorias particulares, etc. (*M. R. D. R.*)

CIPRIANI, N.: «Patto commissorio autonomo», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 413-432.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, sez. III, 25 maggio 2000, número 6864.

Se trata de un caso en el que un contrato de sociedad simula un mutuo garantizado con pacto comisorio. La sentencia citada establece que la nulidad del pacto comisorio no tiene ninguna consecuencia sobre la obligación derivada del contrato disimulado de mutuo, consistente en devolver el dinero y los intereses legales. (*B. F. G.*)

DEFLORIAN, L. A.: «L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede», *RDC*, 2002, núm. 3, parte prima, pp. 451-489.

Análisis de la armonización del Derecho inglés con el Derecho comunitario, en temas tan específicos como la directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos de adhesión celebrados con consumidores, y aplicación del principio de la buena fe. (*M. R. D. R.*)

DE MONTBRIAL, D.: «L'assurance vie et la société», *GP*, 2003, núms. 75-77, pp. 2-3.

Incidencia de la sociedad en la forma de vida y en los seguros de ésta. (*R. A. R.*)

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R./VIDEIRA HENRIQUES, P./VARI, B.: «L'indifférence du caractère excusable de l'erreur», *ERPL*, 2002, vol. 10, pp. 799-822.

La sentencia de 21 de febrero de 2001 del *Cour de Cassation* consagra la indiferencia del carácter inexcusable del error cometido por una parte cuando este error ha sido provocado por el dolo omisivo de su contraparte. Los autores comentan la decisión desde la perspectiva del Derecho español, portugués e italiano. (*I. G. P.*)

DI AMATO, A.: «Note introduttive sul rapporto tra contratto e reato», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 120-136.

El presente artículo analiza la incidencia del Derecho penal en el ámbito contractual. El autor, tras poner de relieve el papel del Derecho penal como instrumento de control de la economía, ámbito en el que la autonomía de la voluntad juega un importante papel, advierte que la sanción penal en los contratos debería restringirse a los casos más graves. (B. F. G.)

DI CIOMMO, F.: «La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c. c.», *FI*, 2002, vol. 10, pp. 2636-2643.

La responsabilidad del centro docente por las autolesiones del menor es de carácter contractual y no extracontractual. (Alma R. G.)

DI FABIO, P.: «In tema di pubblicità ingannevole e di dolus bonus- osservazione a AGCM 1 agosto 2001 n. 9848», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 3010-3013. (M. R. D. R.)

DI GIANDOMENICO, G.: «Tipo negoziale e beni immateriali», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 137-179.

En el presente artículo se pone de manifiesto la continua aparición de nuevos bienes jurídicos inmateriales cuyo tratamiento por el legislador no suele coincidir con el que reciben en la práctica contractual. El autor analiza los problemas que ello acarrea a través del caso particular del *software*, y llega a la conclusión de que la autonomía de la voluntad es capaz de orientar el sistema jurídico, estableciéndose de este modo una relación *biunívoca* entre aquella y la norma jurídica. Concluye el autor, que cuando el intérprete de la ley se encuentre ante un bien jurídico inmaterial debe tener en cuenta tanto su configuración en la norma jurídica, como el modo en que viene regulado por la autonomía de la voluntad. (B. F. G.)

DI MARZIO, P.: «Bioetica cattolica e laica: una contrapposizione da superare», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 101-111.

Artículo sobre el resarcimiento por el daño causado a la salud. (Alma R. G.)

EDELMAN, B.: «L'erreur sur la substance ou l'oeuvre mise à nu par les artistes, même! (sur l'arrêt de la Cour de cassation du 5 février 2002)», *RDS*, 2003, núm. 7, pp. 436-439.

El error en la sustancia en materia de obras artísticas. Estudio a propósito de una sentencia de la Corte de casación civil francesa. (R. A. R.)

ELVIN, J.: «The Liability of Schools for Bullying», *Cambridge L. J.*, 2002, vol. 61, núm. 2, pp. 255-257.

Revisa críticamente la doctrina establecida por la Sentencia de la *Court of Appeal* inglesa en el asunto *Bradford-Smart v. West Sussex County Council* [2002] EWCA Civ 07, relativa a la responsabilidad civil de las escuelas por los daños psicológicos que unos alumnos causan a otros mediante actos intimidatorios o abusivos realizados fuera de la escuela. (A. R. G.)

FADLALLAH, I./BAUDE-TEXIDOR, C. H.: «L'office du juge en matière de crédit à la consommation: éloge de la neutralité judiciaire», *RDS Aff.*, 2003, núm. 11, pp. 750-754.

Intervención judicial de oficio en el ámbito del crédito al consumo. Cláusulas abusivas. (*I. S. P.*)

FARGE, C.: «Le recours personnel de la caution: la voie possible d'un renouveau du cautionnement», *RDS Aff.*, 2003, núm. 13, pp. 892-896.

La acción de regreso del fiador cuando paga al acreedor, frente al deudor principal. Doctrina jurisprudencial de la Corte de casación en dos decisiones de 2002. (*I. S. P.*)

FARINA, V.: «Principio di continuità dei contratti e *Ius variandi* nei contratti bancari e finanziari», *Rass. dir. civ.*, 2002-I, II, pp. 180-192.

El autor parte de la plasmación en el RCE 1103/97 del Consejo, relativo a las disposiciones para la introducción del euro, del principio de continuidad de los contratos; ello se traduce en la imposibilidad de ejercitar el *ius variandi* como consecuencia de la introducción del euro. El autor lleva a cabo una interpretación estricta de este principio, considerando que no es legítima ninguna limitación del mismo, sin perjuicio de que las partes puedan derogarlo de acuerdo con la buena fe. (*B. F. G.*)

FAVILLI, C.: «La responsabilità civile dello Stato per contagio da emoderivati infetti: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva?», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 576-587.

Responsabilidad de la Administración Pública por daños debidos a contagio por hemoderivados contaminados. (*Alma R. G.*)

FERRARO, P. P.: «La compensazione nell'ambito del sistema concorsuale e la cessione del credito in garanzia— nota a Cass. 10 gennaio 2001 n. 280», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 2927-2942. (*M. R. D. R.*)

FERRARI, F.: «Zum vertraglichen Ausschluss des UN-Kaufrechts», *ZEuP*, núm. 4, 2002, pp. 737-753.

Exclusión contractual del Convenio de Viena. El autor analiza las razones por las que, en la práctica, las partes suelen excluir la aplicación de las normas del Convenio de Viena, que, en buena medida, residen en la idea de que el Derecho uniforme no puede evitar una interpretación y aplicación diferenciada por los Jueces de los distintos países. (*I. G. P.*)

FINO, M. A.: «Transazione», *RDC*, 2002, núm. 2, parte seconda, pp. 295-320.

Síntesis de información doctrinal y jurisprudencial sobre diversos aspectos del contrato de transacción: definición y estructura del contrato, objeto, forma, homologación, impugnabilidad, anulabilidad, nulidad, incumplimiento, etc. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, G.: «La conclusione del contratto telematico mediante i “software agents”: un falso problema giuridico?», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 500-509.

Artículo dedicado a la celebración de los contratos mediante medios informáticos. (*Alma R. G.*)

FINOCCHIARO, G.: «Firma digitale e firme elettroniche. Il quadro normativo italiano dopo il d. legisl. 10/2002», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 853-869.

Diversas cuestiones acerca de la firma electrónica (el cuadro normativo italiano, la responsabilidad del que emite el certificado, el valor jurídico de los documentos informáticos: documento informático sin firma, documento informático con firma electrónica y documento informático con firma electrónica avanzada ...). (*Alma R. G.*)

FRACCHIA, F.: «Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione», *FI*, 2003, vol. 1, pp. 79-87.

Nota a *Cass.* de 10 de junio de 2003 sobre responsabilidad civil de la Administración. (*Alma R. G.*)

FRANCIONE, N.: «Considerazioni sulla disciplina della pubblicità dei prodotti dimagranti-nota a AGCM 13 dicembre 2001 n. 10232, 11 ottobre 2001 n. 10026, 6 settembre 2001 n. 9924, 8 agosto 2001 n. 9867 e 29 marzo 2001 n. 9367», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 1134-1138. (*M. R. D. R.*)

FRANCIONE, N.: «Pubblicità indiretta dei prodotti da fumo- nota a *Cass.* 27 febbraio 2001 núm. 2822», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 3290-3294. (*M. R. D. R.*)

GALLAVOTTI, C.: «In tema di riduzione d'ufficio della clausola penale eccessiva», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 336-338.

Potestad del árbitro de modificar la voluntad de las partes en cuanto a la imposición de una cláusula penal. (*Alma R. G.*)

GALLO, P.: «Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto», *RDC*, 2002, núm. 2, parte prima, pp. 239-263.

Notas sobre la relevancia actual de la buena fe, en sentido objetivo, en el ámbito contractual: interpretación del contrato, responsabilidad precontractual, vicios del consentimiento, tutela de consumidores, ineficacia contractual sobrevinida, incumplimiento contractual, etc. (*M. R. D. R.*)

GARCÍA RUBIO, M.^a P./KOPPENSTEINER, H. G.: «Zur Frage der irreführenden Gestaltung einer Werbebeilage», *ERPL*, 2002, vol. 10, pp. 699-715.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania de 20 de octubre de 1999, en la que se plantea un tema de publicidad engañosa. Los autores analizan la cuestión desde la perspectiva del Derecho español y del austríaco. (*I. G. P.*)

GATTI, M.: «La Cassazione, l'actio pauliana e l'araba fenice: brevi riflessioni in merito all'oggetto dell'azione revocatoria-nota a Cass. 27 marzo 2001 n. 4422», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 1065-1067. (M. R. D. R.)

GRASSO, G.: «La "trasferibilità" del possesso nei contratti obbligatori», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 703-728.

Contratos obligatorios que tienden a la transmisión del derecho real. (Alma R. G.)

GRIDEL, J. P.: «Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats: Les propositions de l'académie des privatistes européens (Pavie)», *GP*, 2003, núms. 52-53, pp. 3-5; núms. 54-56, pp. 7-9.

Notas sobre las conclusiones mantenidas en el Congreso de Pavía sobre la posibilidad de un Código europeo de contratos. (R. A. R.)

GRUNDMANN, S.: «La struttura del diritto europeo dei contratti», *RDC*, 2002, núm. 3, parte prima, pp. 365-401.

Acercamiento al Derecho Europeo de los Contratos, como materia reciente e importante y base de las transacciones en el mercado único europeo: elementos constitutivos, límites, ámbito de aplicación, principios generales, armonización con los derechos nacionales, condiciones generales de los contratos, normas de competencia, derechos de información, etc. (M. R. D. R.)

HERVIO-LELONG, A.: «Le bref délai de l'article 1648: chronique d'une mort annoncée», *RDS*, 2002, núm. 26, pp. 2069-2074.

La Directiva de 25 de mayo de 1999 y su integración en el Derecho francés, sobre venta y garantía de bienes de consumo, por la que se modifica la acción de garantía por vicios ocultos de forma muy importante. (R. A. R.)

HOUTCIEFF, D.: «Contribution à l'étude de l'intuitus personae», *RTDC*, 2003, núm. 1, pp. 3-29.

La consideración de la persona del acreedor en la formación del contrato de fianza y en sus efectos: cambios que afectan a la persona del acreedor. (R. A. R.)

HOYANO, L. C. H.: «Misconceptions about Wrongful Conception», *Modern L. R.*, 2002, vol. 65, núm. 6, pp. 883-906.

El artículo revisa la jurisprudencia inglesa sobre los casos de *wrongful conception* desde la conocida sentencia de la *House of Lords*, *McFarlane v. Tayside Health Board* ([2000] 2 C 59, [1999] 4 All ER 961). Esta sentencia admitió que la madre que había concebido un hijo no deseado tras la práctica de una operación de esterilización fallida podía reclamar los gastos médicos ocasionados por el embarazo y las pérdidas de ingresos causadas por el estado de gravidez, pero no el coste de los alimentos debidos al hijo. Otras sentencias posteriores, resueltas por tribunales inferiores, estudian si la doctrina *McFarlane* se aplica también a otros supuestos de *wrongful conception*, pero que presentan ciertas variaciones respecto del modelo *McFarlane*. Por ejemplo, si en el caso del hijo que nace con malformaciones tras una esterilización fallida los padres pueden reclamar el coste extraordinario que representa aten-

der al hijo con las malformaciones (*Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust* [2002] QB 266); o si el progenitor discapacitado que se sometió a una esterilización fallida tras la que nació un hijo sano, puede reclamar los costes extraordinarios de atender al hijo sano, si demuestra que la razón que le indujo a someterse a la esterilización fue precisamente evitar las dificultades que a causa de su discapacidad tendría para atender al hijo de forma adecuada, incluso naciendo sano (*Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2002] 2 WLR 1483). (*J. S. F.*)

HUET: «La qualité de maître de l'ouvrage du crédit-bailleur immobilier qui achète le terrain et fait construire "pour son compte" l'immeuble objet du contrat», *RDI*, 2003, núm. 1, pp. 1-5.

La definición de la operación del crédito inmobiliario. La necesidad de intervenir como constructor en el edificio objeto del contrato. Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección tercera, de 2 de octubre de 2002. (*R. A. R.*)

ICARD/PENSIER: «La responsabilité de plein droit des parents du fait des enfants turbulents: la ruine annoncée des père et mère?», *GP*, 2003, núms. 89-91, pp. 20-23.

Notas a la sentencia de la corte de casación, pleno de 13 de diciembre de 2002. (*R. A. R.*)

IUDICA, G.: «Arbitrato e questioni di legittimità costituzionale», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 129-135.

Artículo relativo a si un colegio arbitral está legitimado o no para conocer de una cuestión de legitimidad constitucional. (*Alma R. G.*)

IURILLI, C.: «Le garanzie legali e commerciali nella vendita di beni di consumo. Riflessioni in ordine a taluni aspetti relativi al recepimento della direttiva n. 99/44/ CE», *GC*, 2002, núm. 6, pp. 271-289.

Análisis histórico de la normativa sobre tutela del consumidor y nuevas técnicas y formas de garantías legales y comerciales para proteger al adquirente de bienes de consumo, respecto de los diferentes tipos de contratos de compraventa, con especial referencia a la Directiva núm. 99/44, sobre *leasing* de bienes de consumo. (*M. R. D. R.*)

KADNER GRAZIANO, T.: «Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht-die Schere schließt sich», *ZEuP*, 2002, núm. 4, pp. 834-859.

A partir de la sentencia del Tribunal Supremo Austríaco de 16 de mayo de 2001, el autor estudia la cuestión del daño derivado de la muerte (o lesión corporal grave) de un ser querido y la indemnización por daño moral propio que pueden pretender los parientes. La mayoría de los países de la Unión Europea es favorable a tal pretensión. El Tribunal austríaco, en la resolución comentada, se manifiesta decididamente a favor de dicha indemnización, aportando argumentos de Derecho comparado, por lo que tiene un importante significado armonizador para el Derecho europeo de daños y casi permite «cerrar el círculo», pues sólo quedan fuera Alemania y Holanda. (*I. G. P.*)

KENDÉRIAN, F.: «Le bail commercial relève-t-il du régime des contrats en cours en cas de procédure collective du bailleur?», *RDS Aff.*, 2003, núm. 9, pp. 610-614.

Apertura de un procedimiento colectivo frente al propietario de inmuebles dados en alquiler para explotación de comercios. Cuestiones jurídicas sobre poderes del agente judicial e incidencia en los arrendatarios. (*I. S. P.*)

LA BATTAGLIA, L.: «Uno, nessuno, centomila: il destino (costituzionale) del danno morale da perdita di congiunto», *FI*, 2002, vol. 10, pp. 2882-2891.

Artículo dedicado al daño moral que sufre una persona por fallecimiento de su pariente. (*Alma R. G.*)

LAGARDE, X.: «Aspects civilistes des relations individuelles de travail», *RTDC*, 2002, núm. 3, pp. 435-454.

Las referencias al Código civil, especialmente al artículo 1134, son numerosas en la jurisprudencia de la Sala Social de la Corte de casación. Se trata más de una instrumentalización que de una aplicación del Derecho civil. Estudia la relación del contrato de trabajo con el arrendamiento de servicios. (*R. A. R.*)

LAGARDE, X.: «Prévenir le surendettement des particuliers», *SJ*, 2002, núm. 38, I-163, pp. 1607-1614.

Estudio sobre posibles técnicas preventivas que detengan el aumento cada vez mayor de las *surendettement* en la ejecución de los créditos. (*I. S. P.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «L'assistance de la victime dans la phase d'expertise médicale du dommage corporel: les propositions du groupe de travail du CNAV», *GP*, 2003, núms. 78-79, pp. 2-5.

Asistencia de la víctima y posible situación de responsabilidad. (*R. A. R.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «La responsabilité médicale: la loi 30 décembre modifiant la loi 4 mars 2002», *RDS*, 2003, núm. 6, pp. 361-365.

Cambios en el ámbito de la responsabilidad civil médica ante la nueva normativa francesa de diciembre de 2002. (*R. A. R.*)

LAMBERT-FAIVRE, Y.: «L'assistance de la victime dans la phase d'expertise médicale du dommage corporel: les propositions du groupe de travail du CNAV», *GP*, 2003, núm. 78-79, pp. 2-5.

Asistencia de la víctima y posible situación de responsabilidad. (*R. A. R.*)

LA TORRE, A.: «Un chiarimento sull'assicurazione per conto altrui (art. 1891 c. c.)-nota a Cass., sez. un., 18 aprile 2002 n. 5556», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 899-907. (*M. R. D. R.*)

LANNI, S.: «Il modello brasiliano di responsabilità per danni al consumatore», *RDC*, 2002, núm. 2, parte prima, pp. 281-323.

Análisis de la responsabilidad civil por daños al consumidor en el sistema jurídico brasileño: los principios constitucionales de defensa del consumidor,

las normas contenidas en el Código civil, el Código brasileño de defensa del consumidor, y especial referencia a la responsabilidad por vicios y defectos del producto o servicio. (*M. R. D. R.*)

LE COUVIOUR, K.: «Responsabilités pour pollutions majeures résultant du transport maritime d'hydrocarbures. Après l'Erika, le Prestige... l'impératif de responsabilisation», *SJ*, 2002, núms. 51-52, I-189, pp. 2269-2277.

La insuficiencia de la normativa existente para responsabilizar a los autores de las catástrofes provocadas en el mar por los petroleros. Responsabilidad y sistemas de indemnización automática. Potenciación de la responsabilidad con un seguro y necesidad de precaución. (*I. S. P.*)

MACDONALD, E.: «Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations: *Director General of Fair Trading v. First National Bank*», *Modern L. R.*, 2002, vol. 65, núm. 5, pp. 763-773.

Nota a la sentencia de la *House of Lords* británica *Director General of Fair Trading v. First National Bank* ([2001] 3 WLR 1297), relativa al supuesto carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo (crédito al consumo) que obliga al prestatario a pagar los intereses acordados incluso cuando su devengo se produzca después de cualquier juicio. Esa cuestión se plantea cuando el prestatario, condenado a devolver el importe del préstamo en un juicio anterior, se da cuenta de la suma de intereses a la que además debe hacer frente con base en aquella cláusula. La *House of Lords* considera que esa cláusula no constituye un supuesto de «*core exemption*» de acuerdo con la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* —hoy sustituida por la *1999 Regulations*—, por lo que procede a valorar su carácter abusivo. Sin embargo, a continuación ese tribunal declara válida la cláusula, entre otros motivos, porque la misma no crea un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes —solamente prevé el pago de intereses mientras el préstamo se halla pendiente de pago— y no es contraria a la buena fe en sentido objetivo ni a la *Consumer Credit Act 1974*. (*J. M. B. S.*)

MAINGUY, D.: «Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation», *SJ*, 2002, núm. 48, I-183, pp. 2109-2112.

Los problemas de la transposición de la directiva de 1999 al Derecho interno francés, a la vista del anteproyecto de ley difundido en 2002 por la comisión de justicia presidida por G. Viney. (*I. S. P.*)

MALINVAUD, P. H.: «Réponse-hors délai- à la Commission européenne: à propos d'un code européen des contrats», *RDS*, 2002, núm. 33, pp. 2542-2550.

Estudio en torno a la cuestión sobre la necesidad o no en Europa de un Código único de contratos para los estados miembros. (*R. A. R.*)

MALOMO, A.: «L'introduzione dell'euro e il principio di continuità dei contratti», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 233-270.

Análisis del artículo 3 del RCE 1103/97 del Consejo, relativo a las disposiciones para la introducción del euro, que instaura el principio de continuidad de los contratos. La autora considera que la aplicabilidad de este princi-

pio debe determinarse caso por caso. Se plantea las diversas teorías existentes en algunos ordenamientos europeos que podrían justificar la derogación de dicho principio, deteniéndose especialmente en el caso italiano. La autora propone como modelo a seguir el plasmado en los Principios UNIDROIT para la contratación internacional, que se refleja en las denominadas cláusulas *hardship*. (B. F. G.)

MARI, G.: «Responsabilità per perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell'affidamento a trattativa privata di un servizio-nota a Cons. St., sez VI, 18 dicembre 2001 n. 6281», *GC*, 2002, núm. 5, pp. 1421-1431. (M. R. D. R.)

MARTINO, V.: «Negozi *trans mortem*, formalismo negoziale e revoca del beneficio nel contratto a favore di terzo», *RDC*, 2002, núm. 3, parte seconda, pp. 441-475.

Reflexión sobre contratos a favor de terceros tras la muerte del estipulante, donaciones *mortis causa* y posibles revocaciones. (M. R. D. R.)

MASTROILLI, D.: «Il contratto informatico», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 375-396.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, sez. II, 22 marzo 1999, número 2661.

Según dicha sentencia el contrato de abastecimiento de un sistema informático con garantía de buen funcionamiento y prestación asistencial técnica debe calificarse de contrato mixto de compraventa (del sistema) y obra (por la prestación asistencial). El contrato que prevalece es el de compraventa, lo cual incide en el régimen aplicable a la resolución por mal funcionamiento del sistema. (B. F. G.)

MATHIEU-BOUYSSOU, M. E.: «La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance», *SJ*, 2003, núm. 11, I-116, pp. 433-438.

Doctrina jurisprudencial donde se declara, tanto nacional como internacionalmente, la transmisibilidad de la cláusula compromisoria de arbitraje en la cesión de créditos, por considerarla un accesorio de éstos. Cuestiones discutibles sobre la materia. (I. S. P.)

MEDINA, A.: «Formalisme et consentement dans le contrat de cautionnement: évolution de la jurisprudence», *RDS Aff.*, 2002, núm. 36, pp. 2787-2794.

Confrontación jurisprudencial entre la Corte de casación civil y la mercantil en materia de fianza, respecto a la expresión del consentimiento y su extensión. La prueba en el artículo 1326 del Código civil francés. (I. S. P.)

MELONCELLI, F.: «La natura semantica dell'insolvenza-nota a Cass. 7 febbraio 2001 n. 1719», *GC*, 2002, núm. 6, pp. 1665-1677. (M. R. D. R.)

MEOLI, B.: «Apparenza e responsabilità della banca per fatto degli ausiliari», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 371-379.

Relación entre la responsabilidad del deudor por el hecho de un auxiliar y la responsabilidad del empresario y comitente. En concreto, responsabilidad del banco por hechos de sus empleados. (Alma R. G.)

MEOLI, B.: «Risoluzione per inadempimento ed onere della prova», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 355-365.

Acreditación de la prueba en caso de un cumplimiento defectuoso (o no perfecto). (*Alma R. G.*)

MILHAC, O.: «La nullité des contrats de construction ou les chausse-trapes éventuelles rencontrées dans son applications», *RDI*, 2002, núm. 1, pp. 9-19.

La nulidad y el derecho especial de la construcción. Las múltiples causas de nulidad y los efectos de ésta. (*R. A. R.*)

MILDRED, M.: «Cost-sharing in Group Litigation: Preserving Access to Justice», *Modern L. R.*, 2002, vol. 65, núm. 4, pp. 595-602.

Como principio general, cada uno de los demandantes que interviene en una acción colectiva (*class action*) debe soportar una cuota equitativa de los gastos genéricos derivados de la demanda. El autor se plantea algunos problemas surgidos de la aplicación de ese principio, como los supuestos en que la sentencia aprovecha de un modo desigual a los demandantes o en que alguno de ellos renuncia a la demanda, siempre desde la perspectiva de la incidencia que tienen las costas procesales en el acceso a la justicia. (*J. M. B. S.*)

MITROVIC, L.: «La maîtrise du risque environnemental dans la cessions de droits sociaux», *RDS Aff.*, 2002, núm. 34, pp. 2666-2669.

Impacto medioambiental de las actividades industriales. Inadecuación de la legislación en la materia. Garantías contractuales de los explotadores de recursos antes de la explotación. (*I. S. P.*)

MONTÉRAN, T. H.: «Le respect des clauses contractuelles de médiation», *GP*, 2003, núms. 89-91, pp. 8-11.

Importancia de los acuerdos en torno al sometimiento a mediación en caso de conflicto. (*R. A. R.*)

MORET-BAILLY, J.: «Règles déontologiques et fautes civiles», *RDS*, 2002, núm. 37, pp. 2820-2824. (*R. A. R.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, F.: «Il danno da motivazione ingiuriosa e l'ammissibilità dell'azione risarcitoria nell'art. 4.1 núm. 117 del 1988-nota a Cass. 25 gennaio 2002 n. 871», *GC*, 2002, núm. 6, pp. 1586-1588. (*M. R. D. R.*)

MOURY, J.: «Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs», *RDS*, 2002, núm. 36, pp. 2744-2749. (*R. A. R.*)

NAJJAR, I.: «Mandat et irrévocabilité», *RDS*, 2003, núm. 11, pp. 708-713.

El contrato de mandato y el pacto de irrevocabilidad. Consecuencias jurídicas. (*R. A. R.*)

OLMER-BRIN, N./BOREL, J. V.: «Les voies d'indemnisation ouvertes aux victimes de l'amiante: étude des dernières évolutions du droit positif», 2003, núms. 12-14, pp. 9-11.

Evolución jurídica sobre indemnización por vicios de construcción en los edificios. (R. A. R.)

PAISANT, G.: «À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct"», *SJ*, 2003, núm. 13, I-121, pp. 549-554.

Problemas doctrinales ante la falta de una definición del término consumidor en la Ley. Sujetos que pueden someterse a la legislación de consumo. Doctrina jurisprudencial de casación. (I. S. P.)

PALAZZO, A.: «Profili di invalidità del contratto unilaterale», *RDC*, 2002, núm. 4, parte prima, pp. 587-604.

Reflexión sobre los contratos unilaterales con efectos reales y el principio de la autonomía privada: líneas evolutivas del sistema y causas de invalidez y rescisión. (M. R. D. R.)

PALAZZO, A.: «Promesse gratuite e affidamento», *RDC*, 2002, núm. 2, parte prima, pp. 181-195.

Análisis de la eficacia de la promesa unilateral gratuita, como origen de vínculo contractual: causa, aceptación, efectos. (M. R. D. R.)

PALMIERI, A.: «Risarcimento del danno morale per la compromissione di un intenso legame affettivo con la vittima di lesioni personali», *FI*, 2002, vol. 11, pp. 3062-3066.

Resarcimiento del daño moral indirecto. (Alma R. G.)

PALMIERI, A.: «Richiamo "ope iudicis" di veicoli potenzialmente nocivi: quando la sicurezza dei prodotti si combina con la tutela collettiva dei consumatori», *FI*, 2002, vol. 10, pp. 2901-2903.

Concurrencia de un defecto de fabricación de un automóvil y un peligro de lesión de la salud de los consumidores. (Alma R. G.)

PANSIER, F. J.: «Présentation de la loi du 30 décembre 2002 sur la responsabilité médicale», *GP*, 2003, núms. 10-11, pp. 5-8.

Exposición breve sobre la nueva ley de responsabilidad civil médica francesa de diciembre de 2002. Contenido. (R. A. R.)

PECCENINI, F.: «Rischio assicurativo e danno esistenziale», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 133-137.

El daño existencial como objeto del contrato de seguro. (Alma R. G.)

PENNEAU, A.: «La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret núm. 2002-535 du 18 avril 2002)», *RDS*, 2002, núm. 26, pp. 2065-2068.

Los riesgos de la marca y el acta electrónica desde el punto de vista jurídico. El régimen de las certificaciones de productos y los sistemas tecnológicos de la información. (I. S. P.)

PÉRICAUD, J. F.: «Financement de la construction. La suspension du contrat de prêt au profit de l'acquéreur de l'immeuble à construire», *RDI*, 2002, núm. 5, pp. 355-360.

El adquirente de un inmueble en construcción debe poder reclamar la suspensión de reembolso del precio en caso de oposición a la ejecución del contrato de venta. (R. A. R.)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Les aspects économiques du contrat de construction», *RDI*, 2002, núm. 1, pp. 1-8.

El equilibrio económico del contrato de construcción y el trato de ciertos desequilibrios. (R. A. R.)

PINARDI, M.: «La responsabilità per danni da informazione nel mercato finanziario», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 349-366.

La responsabilidad por daños debidos a la información en el ámbito del mercado financiero. La imputabilidad de la conducta ilícita a los emitentes y a los administradores. La prueba del elemento subjetivo, los daños resarcibles y su cuantificación y, por último, la responsabilidad de la *Consob* por omisión o insuficiente vigilancia de la veracidad de los datos contenidos en la comunicación y en los folletos informativos. (Alma R. G.)

PINNA, A.: «L'exception pour risque d'inexécution», *RTDC*, 2003, núm. 1, pp. 31-50.

El derecho francés de obligaciones es tradicionalmente hostil a la posibilidad para el deudor de la obligación preestablecida de suspender la ejecución de la prestación, cuando existe una fecha de ejecución, obligación a término. Como excepción, el deudor a término puede, en presencia de un riesgo inexcusable, obtener la suspensión de la obligación. (R. A. R.)

PIZZOFERRATO, A.: «*Mobbing* e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 304-321.

Estudio sobre los problemas ocasionados por el daño a una persona en el ámbito laboral: el *mobbing*. (Alma R. G.)

POSNER, E. A.: «*Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*», *Yale L. J.*, 2003, vol. 112, núm. 4, pp. 829-880.

A pesar de que la terminología acuñada por el análisis económico haya tenido un cierto eco en los estudios sobre Derecho de contratos, el balance es decididamente desfavorable. El hecho, entre otros, de que el análisis económico suela partir de variables que no pueden comprobarse en el mundo real debido a la falta de información lo convierte en un instrumento incapaz de describir adecuadamente el Derecho de contratos actual o de proporcionar criterios normativos seguros para acometer su reforma. (A. R. G.)

PRADEL, X.: «Cession de créance et transfert de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt de la deuxième Chambre Civile de la Cour de la cassation du 20 décembre 2001)», *RDS*, 2003, núm. 9, pp. 569-573.

Posibilidad de ceder la cláusula de compromiso a arbitraje y su carácter como cesión de crédito. Análisis de la sentencia que así lo determina. (R. A. R.)

RAOULT, C.: «Le secret professionnel ... encore!», *GP*, 2003, núms. 59-60, pp. 9-11.

Notas sobre el deber de secreto profesional existente en la actualidad. (R. A. R.)

RECINTO, G.: «Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 271-302.

Análisis del papel de la buena fe en las relaciones obligatorias; el autor se centra en algunos aspectos particulares como la utilidad que entraña el recurso a la buena fe a la hora de aplicar al caso concreto los preceptos del *Codice civile* que, de un modo general, regulan los conflictos de intereses entre acreedor y deudor o su incidencia en el deber extracontractual *naemi-nem laedere*. No faltan tampoco las referencias al tratamiento de la buena fe en los PECL y en los Principios UNIDROIT. (B. F. G.)

RICCI, A.: «Sulla forma del mandato», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 682-702.

Algunas cuestiones sobre la forma del contrato de mandato (forma libre y forma obligatoria: los contratos inmobiliarios; forma del mandato sin representación para vender o adquirir bienes inmuebles, equiparación entre mandato en nombre propio y contrato preliminar ...). (Alma R. G.)

RICCIO, A.: «La presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c. c.», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 64-75.

Formación, registro y transmisión de documentos realizados con instrumentos informáticos. (Alma R. G.)

RODRÍGUEZ ATER, K.: «Le trésor face à la obligation de déclaration des créances», *SJ*, 2002, núm. 37, I-161, pp. 1553-1561.

El principio de igualdad de los acreedores en procedimientos de insolvencia del deudor. Situación privilegiada como acreedor del Tesoro Público en la legislación francesa. Tratamiento jurisprudencial. (I. S. P.)

ROSAFIO, E.: «Brevi riflessioni sull'applicabilità dell'art. 29 della Convenzione di Varsavia ai preposti del vettore aereo e sulla nozione di preposto—nota a Cass. 25 settembre 2001 n. 12015», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 2849-2857. (M. R. D. R.)

RUGGERI, L.: «Mercato telematico ed autonomia privata, un nuovo ruolo per la "lex mercatoria"», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 303-338.

En este artículo se pone de relieve la necesidad de adoptar una regulación uniforme a nivel comunitario e internacional para el mercado telemático. La autora justifica dicha propuesta en la insuficiencia de la regulación actual; para ello analiza la Directiva 2000/31/CE, relativa a algunos aspectos jurídicos del comercio electrónico y la Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 que, aplicada al mercado telemático, constituye, según la autora, un obstáculo para el desarrollo del comercio electrónico. (B. F. G.)

SALA, M.: «Riflessioni sulla durata della locazione tra codice civile e leggi speciali», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 293-310.

La duración del contrato de arrendamiento en el Código civil: el arrendamiento con fecha determinada, sin determinación de tiempo y con fecha indeterminada. La duración del contrato de arrendamiento en la legislación especial. La llegada del término en el contrato de arrendamiento regulado por el Código civil y las leyes especiales. (*Alma R. G.*)

SALAMONE, L.: «Il ruolo della grandezza numerica nella opponibilità della gestione di beni fungibili ai creditori del gestore (art. 1707 c. c.; art. 22 T. U. F.)», *RDC*, 2002, núm. 4, parte seconda, pp. 567-578.

Reflexión sobre los efectos jurídicos del «número» como criterio de delimitación de bienes fungibles, como instrumentos financieros, en relación con la transmisión de la propiedad, validez de contratos traslativos, cuestiones de prueba, reivindicación, responsabilidad civil, etc. (*M. R. D. R.*)

SALETTI, A.: «Le novità processuali nel progetto di modifiche urgenti alla legge fallimentare», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 499-512.

Breves notas sobre el proyecto de ley número 1243, sobre modificaciones urgentes en materia de quiebra, que afecta al procedimiento de declaración de quiebra, vicios de oposición, efectos en operaciones contables de determinación del pasivo y liquidación de bienes. (*M. R. D. R.*)

SÁNCHEZ JORDÁN, E./SCHILTZ, F./MANIOTIS, D.: «Ordnungsgemäße ärztliche Aufklärung und Beweislast für Behandlungsfehler», *ERPLI* 2002, vol. 10, pp. 675-698.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 23 de noviembre de 1999, relativo al derecho de información del paciente, la información adecuada como un deber del médico, en particular como presupuesto del consentimiento, así como el secreto médico. Los autores analizan el estado de las distintas cuestiones en España, Luxemburgo y en Grecia. (*I. G. P.*)

SARTOR, G.: «Gli *agenti software*: Nuovi soggetti del ciberdiritto?», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 465-499.

Necesidad de una disciplina jurídica para los agentes *software* (agentes digitales, electrónicos o informáticos). (*Alma R. G.*)

SEBASTIO, F.: «La posizione dominante nel mercato del trasporto aereo e gli effetti fidelizzanti dei comportamenti abusivi nei confronti delle agenzie di viaggio- osservazione a TAR Lazio, sez. I 24 maggio 2002 n. 4632», *GC*, 2002, núm. 9, pp. 2339-2342. (*M. R. D. R.*)

SEPPÄLÄ, C. H.: «Les nouveaux modèles Fidic de contrat de construction internationale», *RDI*, 2002, núm. 3, pp. 183-189.

Descripción de los nuevos modelos de contrato: innovaciones aportadas. (*R. A. R.*)

SÉRIAUX, A.: «“Perruche” et autres. La Cour de Cassation entre mystère et mystification», *RDS*, 2002, núm. 25, pp. 1996-2000.

Responsabilidad civil derivada del asunto *Perruche*. (*I. S. P.*)

SICCHIERO, G.: «La rinegoziazione», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 774-815.

Artículo dedicado a las cláusulas de renegociación a la luz del principio de conservación del equilibrio contractual. (*Alma R. G.*)

SIMONE, S. G.: «Le clausole negoziali c. dd. di stile», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 339-361.

El problema de la relevancia jurídica de las denominadas «cláusulas de estilo». El autor, tras estudiar su tratamiento en la jurisprudencia, realizando una sistematización de la misma en función de la materia en la que se insertan tales cláusulas, y tras distinguirla de otras figuras afines, aporta su propia interpretación, considerando que se trata de cláusulas con fuerza vinculante para las partes. (*B. F. G.*)

SIMONE, P./MAGNOSI, S.: «La compatibilità tra Convenzione di Bruxelles del 1924 e Convenzione di Amburgo del 1978 in materia di trasporto marittimo e di responsabilità del vettore— nota a Cass. 14 febbraio 2001 n. 2155», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 3308-3330. (*M. R. D. R.*)

SIMONE, R.: «Nascita indesiderata: il diritto alla scelta preso sul serio», *FI*, 2002, vol. 11, pp. 3120-3123.

Daño a la persona por nacimiento no deseado. (*Alma R. G.*)

SINAY-CYTERMANN, A.: «L'application d'office de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises et le respect du principe contradictoire», *GP*, 2003, núms. 50-51, pp. 20-24.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 2 de octubre de 2001 sobre aplicación del convenio de Viena en Francia. (*R. A. R.*)

SOLDATI, N.: «L'atto decisivo del procedimento arbitrale», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 748-773.

Algunas cuestiones sobre el laudo arbitral: término para el pronunciamiento, requisitos del laudo, eficacia del laudo, corrección ... (*Alma R. G.*)

SOLINAS, A.: «Responsabilità dei genitori per culpa in educando ed in vigilando. Criteri di determinazione», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 328-333.

Responsabilidad de los padres por el hecho dañoso del menor y valoración del comportamiento de la víctima a los fines de la determinación del contenido de la prueba liberatoria. (*Alma R. G.*)

STAUDENMAYER, D.: «Le plan d'action de la Commission européenne concernant le droit européen des contrats», *SJ*, 2003, núm. 17, I-127, pp. 709-716.

Intento de unificación de las reglas generales en materia de contratos en el ámbito europeo. Normativa que no reemplazaría al Derecho nacional, sino

que permitiría a las partes contratantes elegir una u otra y sería derecho aplicable al contrato. Reacciones de las instituciones. (*I. S. P.*)

SYMPOSIUM: «Ann C. Rosenfield Symposium in Tribute to Gary T. Schwartz», *UCLA L. Rev.*, 2002, vol. 50, núm. 2, pp. 255-720.

Volumen monográfico dedicado al profesor de la *University of California Los Angeles (UCLA)* Gary T. Schwartz, fallecido en verano de 2001, que recoge los trabajos presentados en el *Ann C. Rosenfield Symposium*, celebrado en abril de 2002. En línea con el principal campo de especialización del profesor Schwartz, los trabajos —escritos por algunos de los más prestigiosos especialistas norteamericanos en la materia—, tratan diversos aspectos del derecho de la responsabilidad civil, como la teoría de la causa próxima (Mark F. Grady), el binomio responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva y las razones del predominio de la primera en el derecho norteamericano (James A. Henderson, Jr.), la influencia del derecho de daños norteamericano en el desarrollo reciente del derecho canadiense (Judge Allen M. Linden), la asunción del riesgo (Kenneth W. Simons), o los daños patrimoniales (Jane Stapleton). El volumen contiene, además, algunos trabajos que recopilan el pensamiento del profesor Schwartz y analizan su incidencia en la doctrina, presente y futura, del derecho norteamericano de la responsabilidad civil. En este sentido, destacan los artículos de los profesores Michael Green, Robert L. Rabin y Stephen D. Sugarman, todos ellos de muy recomendable lectura. (*J. S. F.*)

TEDESCO, G.: «Sul litisconsorzio necessario nei giudizi divisorii riguardo ai creditori opponenti- nota a Cass. 4 aprile 2001 n. 4948», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 3258-3262. (*M. R. D. R.*)

THIENE, A.: «Rimedio risarcitorio e condotta del danneggiante: tramonto o riscoperta dell'ingiustizia del danno?», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 205-229.

Artículo relativo al requisito de la antijuridicidad del daño. (*Alma R. G.*)

TORINO, R.: «Il danno esistenziale subito dai prossimi congiunti della vittima di una violenza sessuale- nota a Trib. Agrigento 4 giugno 2001», *GC*, 2002, núm. 10, pp. 2610-2619. (*M. R. D. R.*)

TOURNAFOND, O.: «De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil», *RDS*, 2002, núm. 38, pp. 2883-2889. (*R. A. R.*)

TUOZZO, M.: «Recapito notarile, tutela aquiliana e libera concorrenza», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 113-132.

Artículo dedicado a la responsabilidad civil del notario. (*Alma R. G.*)

TUOZZO, M.: «Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 547-569.

La carga de la prueba en la resolución del contrato por incumplimiento. (*Alma R. G.*)

UGOLINI, S.: «Contratto preliminare complesso, vendita a rate con patto di riservato dominio e compravendita con consegna differita: trasferimento del possesso o trasferimento della detenzione», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 86-112.

Admisión de una tutela de la posesión del promisorio adquirente que ha obtenido de modo anticipado la disponibilidad material sobre el bien objeto del contrato. (*Alma R. G.*)

VALENZA, F.: «Prime considerazioni sulla permuta a catena», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 283-292.

La relación jurídica plurilateral sin comunión de fin. La permuta a favor de tercero suspensivamente condicionada a la transferencia de dicho tercero a favor del estipulante. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Contratto (verbale) costitutivo di società di fatto e conferimenti immobiliari-nota a Cass. 25 ottobre 2001 n. 13158», *GC*, 2002, núm. 5, pp. 1331-1333. (*M. R. D. R.*)

VIGLIONE, F.: «Il preliminare di vendita di cosa altrui», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 603-607.

Admisión o inadmisión del contrato preliminar de venta de cosa ajena y, en general, de un contrato preliminar cuyo objeto es un pacto de efectos obligatorios. (*Alma R. G.*)

VIGNEAU, V.: «Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur», *GP*, 2002, núms. 242-246, pp. 3-7.

Análisis jurisprudencial sobre el concepto de consumidor. Dificultades existentes a pesar del tiempo transcurrido. (*R. A. R.*)

VILLA, G.: «Pluralità di contraenti e inadempimento», *RDC*, 2002, núm. 2, parte prima, pp. 197-212.

Reflexión acerca de los contratos plurilaterales y los conflictos surgidos entre las partes interesadas en la resolución y las interesadas en la ejecución del contrato: legitimación para instar la resolución, eficacia y validez de las iniciativas individuales, etc. (*M. R. D. R.*)

VINEY, G.: «Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente?», *SJ*, 2002, núm. 36, I-158, pp. 1497-1501.

Estudio sobre la forma de insertar en el Derecho interno la directiva comunitaria de 25 de mayo de 1999 sobre la venta y garantía de los bienes de consumo. Ventajas e inconvenientes de una transposición global o una transposición parcial. (*I. S. P.*)

VINEY, G.: «L'interpretation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux», *SJ*, 2002, núms. 44-45, I-177, pp. 1945-1948.

Estudio a propósito de tres decisiones de la Corte de 25 de abril de 2002 donde se señala la necesidad de no separarse de la directiva comunitaria en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos, y decidir siempre en favor del consumidor. Interpretación jurisprudencial del artículo 13. (*I. S. P.*)

VINEY, G.: «Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999», *RDS*, 2002, núm. 42, pp. 3162-3163.

Notas breves a la directiva comunitaria de 1999 sobre venta y las consecuencias de su adaptación al Derecho francés. (*R. A. R.*)

VISALLI, G.: «Una riflessione in tema di mora del creditore: l'offerta nelle forme d'uso (art. 1214 c. c./il campo di applicabilità e gli effetti in rapporto all'offerta solenne (art. 1209 c. c.)», *GCI* 2002, núm. 12, pp. 555-564.

Estudio de la calificación jurídica de los intereses del deudor, en el ámbito de la situación de mora del acreedor: oferta solemne de cumplimiento por parte del deudor, oferta según los usos, efectos, etc. (*M. R. D. R.*)

VISALLI, N.: «Clausola penale testamentaria», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 537-553.

Concreta crítica sobre la cláusula penal y determinación preventiva del daño establecida en testamento, para asegurar el cumplimiento de una obligación. (*M. R. D. R.*)

VISALLI, N.: «I profili giuridici del factoring», *RDC*, 2002, núm. 2, parte seconda, pp. 195-233.

Notas acerca de los aspectos estructurales y funcionales de las operaciones de *factoring*: calificación o naturaleza del contrato, régimen jurídico en la cesión de créditos de empresa, proceso concursal, etc. (*M. R. D. R.*)

VRAY, H.: «Exonération partielle, par voie de compensation des dommages et intérêts alloués á la caution avec le montant du prêt, lorsque son engagement apparaît disproportionné à ses biens et revenus», *GP*, 2003, núms. 40-42, pp. 8-9.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de París, sección 15 A, de 11 de diciembre de 2001 sobre préstamo y su nulidad por abuso. (*R. A. R.*)

VRAY, H.: «Application du délai de forclusion de deux ans pour réclamer paiement du solde débiteur d'un compte-courant dans le cadre duquel une avance avait été consentie», *GP*, 2003, núms. 40-42, pp. 11-13.

Notas a la sentencia de la corte de París, sección 15 A, de 9 de abril de 2002 sobre protección de consumidores en contrato de cuenta corriente. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Responsabilité civile», *GP*, 2003, núms. 66-67.

Número especial sobre diversos aspectos de la responsabilidad civil hoy: principio de identidad de culpa civil y penal; tendencia en materia de responsabilidad de agencias de viajes; responsabilidad de los padres; responsabilidad médica; responsabilidad por daños causados por cosas propias. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «La responsabilité du maitre de l'ouvrage», *RDI*, 2002, núm. 6.

Número especial que recoge las ponencias del Coloquio de 4 de octubre de 2002 organizado por el Centro de estudios e investigaciones sobre la construcción y el alquiler y la asociación francesa para el Derecho de la construcción. (*R. A. R.*)

WITTING, C.: «Physical Damage in Negligence», *Cambridge L. J.*, 2002, vol. 61, núm. 1, pp. 189-208.

Presupuesto esencial de la responsabilidad civil en el *tort de negligence* es que se produzca un daño tangible a las cosas o a las personas. La jurisprudencia inglesa, no obstante, viene concediendo indemnizaciones por daños corporales o materiales en situaciones en las que el demandante no ha sufrido inmediatamente un perjuicio, pero en las que la conducta negligente del demandado le ha ocasionado un riesgo grave de padecerlo. El autor analiza desde este punto de vista supuestos como los de *wrongful conception* o los de contaminación de suelos o de entornos habitados. (*J. R. I.*)

WITZ, C.: «Les nouveaux délais de prescription du droit allemand applicables aux ventes internationales de marchandises régies par la Convention de Vienne», *RDS Aff.*, 2002, núm. 37, pp. 2860-2862.

Incidencia de la ley alemana de modernización del derecho de obligaciones de 2001 en los contratos franco-alemanes por el cambio de plazo de prescripción de la acción del comprador por disconformidad con la mercancía. Extensión del plazo a dos años. Problemas para la rapidez de las transacciones. (*I. S. P.*)

WITZ, C.: «La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations», *RDS*, 2002, núm. 42, pp. 3156-3161.

Incidencia de la reforma del Derecho de obligaciones en el Código civil alemán. Adaptación a las nuevas necesidades sociales. (*R. A. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ANDRIOLI, T.: «Il plagio: una originalità non variata», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 3, pp. 255-285.

Definición de plagio. Coincidencias creativas y plagio inconsciente. La individualización del plagio en el ámbito musical. (*Alma R. G.*)

BERNAULT, C.: «La protection des formes fonctionnelles par le droit de la propriété intellectuelle», *RDS Aff.*, 2003, núm. 14, pp. 957-962.

Las formas funcionales presentan la particularidad de poder ser protegidas a la vez por el derecho de autor, el derecho de marcas y el derecho de diseño y modelos. Todo esto está subordinado a su vez a una condición previa: la forma separable de la función. (*R. A. R.*)

BUFFET DELMAS D'AUTANE, X./VIALA, A. C.: «Evolution récente du droit français sur le régime de la reproduction de phonogrammes du commerce préalablement à leur radiodiffusion», *RDS Aff.*, 2002, núm. 42, pp. 3195-3199.

La licencia legal por radiodifusión de fonogramas y la falta de regulación legal. Situación jurisprudencial de la materia. (*I. S. P.*)

BUFFET DELMAS D'AUTANE, X./CORDIER, G.: «Le nouveau règlement communautaire sur les dessins et modèles», *SJ*, 2002, núm. 43, 1-175, pp. 1889-1895.

Estudio sobre el Reglamento de protección jurídica de diseños y marcas comunitarias adoptado por el Consejo el 12 de diciembre de 2001. Formas y extensión de la protección diseñada en el Reglamento, derecho de propiedad y acciones protectoras. (I. S. P.)

CREVEL, S.: «Revendication d'un meuble vendu aux enchères: les intermittences de l'article 2279 du Code civil», *GP*, 2003, núms. 71-72, pp. 3-5.

Notas a la sentencia de la corte de casación francesa, sección primera, de 27 de noviembre de 2001 en materia de reivindicación mobiliaria. (R. A. R.)

DALIA, C.: «L'accessione per *inaedificatio* come acquisto dei coniugi in regime di comunione legale dei beni», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 66-119.

El presente artículo se ocupa de la problemática relativa a la titularidad del edificio construido por ambos cónyuges sobre el solar de propiedad de uno de ellos. Se trata, en concreto, de coordinar el artículo 177 Cciv., que declara la naturaleza ganancial de los bienes adquiridos por ambos cónyuges, y el artículo 934 Cciv. relativo a la accesión.

Tras el análisis de los diversos argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia italiana a favor y en contra de la calificación como ganancial, la autora se inclina por considerar que el edificio construido sobre el solar de uno de los cónyuges pasa a integrar el patrimonio ganancial, mientras que el solar sigue perteneciendo de forma privativa al cónyuge correspondiente. (B. F. G.)

DE ANGELIS, M. A.: «Nuovi spunti per il riconoscimento del plagio», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 2, pp. 323-328.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 11 de junio de 2001 acerca del plagio de la obra literaria. (Alma R. G.)

DECOOL, G./PANNAGAS, S.: «Le règne absolu du droit de propriété en peut tolérer un empiètement même minime: chronique d'un demi'-centimetre de trop», *GP*, 2003, núms. 33-35, pp. 12-13.

El derecho de propiedad como derecho absoluto, estudio de la posible limitación. (R. A. R.)

DREYFUS, N./MOREIRA, C.: «Le dirigeant de société face à la marque», *RDS Aff.*, 2003, núm. 15, pp. 1018-1023.

La denominación social. Cesión del nombre cuando hay problemas económicos. Consecuencias fiscales de la cesión. (I. S. P.)

EDELMAN, B.: «Oeuvres et objets-symboles: entre les morts et les vivants», *RDS Aff.*, 2002, núm. 25, pp. 2036-2040.

Creación jurisprudencial de un régimen particular para las obras simbólicas o monumentos sobre personajes históricos. Protección legal en el derecho de patentes. (I. S. P.)

ERCOLANI, E.: «Un nuovo *consent decree* per la società degli autori USA», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 2, pp. 145-160.

Artículo dedicado al funcionamiento de la Sociedad americana de Autores. (*Alma R. G.*)

FRAGOLA, A.: «La figura del produttore “audiovisivo” e “independente”», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 3, pp. 217-227.

Requisitos objetivos y subjetivos de la figura jurídica del productor audiovisual e independiente en la Ley italiana número 1221 de 1998. En concreto, la individualización de productos y obras radiotelevisivas. (*Alma R. G.*)

GAMBINERI, B.: «La denuncia di lite nelle fattispecie di possesso in nome altrui», *RDC*, 2002, núm. 4, parte seconda, pp. 521-566.

Notas acerca de la legitimidad activa y pasiva de los poseedores inmediatos de bienes, fundados en títulos contractuales. (*M. R. D. R.*)

HOSTIOU, R.: «La conventionnalité du code de l'expropriation au regard du principe du droit à un procès équitable», *RDI*, 2002, núm. 3, pp. 175-182.

El carácter no contractual del procedimiento de transmisión de la propiedad. Las atribuciones del comisionado gubernamental en el proceso de fijación judicial de la indemnización. (*R. A. R.*)

IZZO, N.: «Sull'apparenza del diritto nel condominio e l'onere di consultazione dei registri immobiliari- nota a Cass., sez., un., 8 aprile 2002 n. 5035 e a Cass. 4 gennaio 2002 n. 65», *GC*, 2002, núms. 7-8, pp. 1836-1849. (*M. R. D. R.*)

LEBOIS, A.: «Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux: la théorie du droit de destination bousculée», *RDS Aff.*, 2002, núm. 29, pp. 2322-2326.

Directivas comunitarias sobre el derecho de alquiler de obras y su diferencia con la tradición legal francesa. Problemas legales y soluciones prácticas. (*I. S. P.*)

MARANGONI, E.: «Il godimento di un bene legittimato dalla tolleranza del proprietario», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 391-398.

Artículo sobre los actos de tolerancia (noción, naturaleza jurídica, caracteres y efectos). (*Alma R. G.*)

MARTÍN, D. R.: «De la revendication des sommes d'argent», *RDS*, 2002, núm. 44, pp. 3279-3283. (*R. A. R.*)

MARZANO, P.: «Il digital audio sampling tra diritto di autore, right of publicity e legge marchi», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 3, pp. 293-316.

Análisis de la práctica del *digital audio sampling* a la luz de los principios del derecho de autor, del derecho de publicidad y del derecho acerca de los signos distintivos, en concreto, análisis de si los titulares de los derechos sobre bienes inmateriales pueden considerarse lesionados por esta práctica tan difundida en la actualidad. (*Alma R. G.*)

MOLINARI, M.: «L'emissione di contenuti multimediali su reti di telecomunicazione: brevi note sulla configurabilità di un diritto con esso in capo al

fornitore del servizio sulle proprie emissioni», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 3, pp. 286-292.

Problemas derivados de la necesaria adaptación del derecho de autor a las nuevas tecnologías, en concreto, a las innovaciones introducidas por las múltiples modalidades de transmisión y difusión de la propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

MORETTI, M.: «La SIAE e la nuova disciplina tributaria dello spettacolo», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 2, pp. 136-144.

Artículo dedicado a la imposición fiscal sobre los espectáculos y sobre los derechos de utilización de obras de dominio público. (*Alma R. G.*)

PARISI, F.: «Entropy in Property», *Am. J. Com. L.*, 2002, vol. 50, pp. 595-632.

El derecho de propiedad tiende, a lo largo de la historia, a irse fragmentando o dividiendo cada vez más en derechos distintos. Para contrarrestar esta tendencia —que el autor compara con la segunda ley de la termodinámica—, los ordenamientos jurídicos modernos pueden decidir, por ejemplo, establecer un *numerus clausus* de derechos reales o prohibir que la propiedad se enajene, entre otras medidas. Es necesario, sin embargo, que dichas medidas dejen una cierta autonomía a los particulares y permitan que se haga un uso flexible de la propiedad. (*A. R. G.*)

POISSON-DROCOURT, E.: «Du nouveau en matière d'adoption: le décret núm. 2002-575 du 18 avril 2002», *RDS*, 2003, núm. 5, pp. 295-298. (*R. A. R.*)

RESCIGNO, P.: «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)», *RDC*, 2002, núm. 3, parte prima, pp. 325-331.

Reflexión sobre la Convención europea de los Derechos del Hombre, en relación con el Derecho privado, y los pronunciamientos de la Corte Europea al respecto, como la sentencia de 30 de mayo de 2000, que denuncia el instituto jurisprudencial de la accesión invertida, por considerarlo incompatible con el principio de legalidad. (*M. R. D. R.*)

RUSSO, R.: «Evoluzione storica del diritto di ritiro dell'opera dal commercio», *Dir. Aut.*, 2002, núm. 3, pp. 228-254.

Naturaleza jurídica y etapas históricas del derecho de arrepentimiento del autor. (*Alma R. G.*)

SCHAHL, E./BRESSON, J. P.: «La nécessité de mettre à jour la libellé des marques», *RDS Aff.*, 2003, núm. 12, pp. 824-828.

Evolución jurídica del derecho de patentes. Necesidad de una puesta al día de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria. (*I. S. P.*)

SERNA, M.: «Qualité et contrat d'engagement d'un artiste-interprète», *RDS Aff.*, 2002, núm. 26, pp. 2106-2111.

Disposiciones convencionales sobre las características particulares del intérprete. La notoriedad de éste. Calidad de artista intérprete a la vista del artículo 212-2 del Código de propiedad intelectual. (*I. S. P.*)

SILLARD, G. A.: «Saisie immobilière, loi Carrez, Saturnisme, amiante et termittes: à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 2002», *GP*, 2003, núms. 5-7, pp. 3-4.

Embargo inmobiliario y defectos de estructura en el inmueble. Estudio a propósito de la sentencia antes citada. (R. A. R.)

SPADA, P./AUTERI, P./GHIDINI, G.: «Industrial design e opere d'arte applicate all'industria (dialogo tra Paolo Spada e Paolo Auteri commentato da Gustavo Ghidini)», *RDC*, 2002, núm. 2, parte seconda, pp. 267-280.

Reflexiones sobre la nueva regulación de la propiedad intelectual e industrial en Italia, tras la armonización de la Directiva comunitaria 98/71. (M. R. D. R.)

TEDESCO, G.: «Sul litisconsorzio necessario nei giudizi divisorii riguardo ai creditori opponenti- nota a Cass. 4 aprile 2001 n. 4948», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 3258-3262. (M. R. D. R.)

VIDIRI, G.: «Lo scioglimento di diritto delle società cooperative edilizie (art. 18 l. n. 59 del 1992)– nota a Cass. 6 dicembre 2001 n. 15475», *GC*, 2002, núm. 9, pp. 2199-2202. (M. R. D. R.)

ZUCCARO, R.: «Brevi note in tema di limiti del condomino all'uso della proprietà esclusiva– nota a Cass. 17 aprile 2001 n. 5612», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 2907-2909. (M. R. D. R.)

DERECHO DE FAMILIA

BACHELIER, G.: «Du quotient familial en cas de divorce ou de séparation des époux», *GP*, 2002, núms. 265-267, pp. 30-39.

Notas a la decisión del Consejo de estado de 14 de junio de 2002 sobre ciertas consecuencias de la separación o divorcio. (R. A. R.)

BAINHAM, A.: «Does Sex Matter?», *Cambridge L. J.*, 2002, vol. 61, pp. 44-47.

Nota a *Bellinger v. Bellinger* [2001] EWCA Civ 1140, caso en el que la *Court of Appeal* negó la validez de un matrimonio porque la esposa en realidad era un transexual. Bainham cuestiona la importancia que la sentencia y el voto particular conceden al elemento sexo en la configuración técnica del matrimonio, y augura que en el futuro este aspecto tenderá a ser irrelevante. Como compromiso de vida en común entre dos personas, cree que el matrimonio se definirá con independencia del sexo, de la orientación sexual o de la sexualidad de los contrayentes. (J. R. I.)

BARATTA, R.: «Il regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli», *GC*, 2002, núm. 10, pp. 455-469.

Análisis del Reglamento núm. 1347/2000/CE, de 29 de mayo de 2000, sobre reconocimiento y ejecución, en el ámbito comunitario, de las decisiones en materia matrimonial y potestad de los padres sobre los hijos: ámbito y

objeto de aplicación, y reconocimiento automático de procedimientos resueltos en los estados miembros. (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «Provvedimento di omologa della separazione consensuale e ricorso straordinario per Cassazione», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 423-429.

Naturaleza jurídica del decreto que homologa la separación personal entre cónyuges. Revocabilidad del consentimiento prestado por el cónyuge a la separación. (*Alma R. G.*)

BUSNELLI, F. D.: «La famiglia e l'arcipelago familiare», *RDC*, 2002, núm. 4, parte prima, pp. 509-529.

Nueva reflexión sobre el modelo clásico de familia y la necesidad de una reforma que se adapte a los nuevos modelos. (*M. R. D. R.*)

CALABRESE, B.: «Comunione legale tra coniugi e donazione indiretta», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 32-47.

Adquisición de un bien por uno de los cónyuges con dinero procedente de una donación constante el régimen de comunión legal entre cónyuges. (*Alma R. G.*)

CORNAILLE, A.: «Divorce: quelques conséquences fiscales», *GP*, 2003, núms. 8-9, pp. 2-4.

Consecuencias económicas del divorcio, su reflejo en el ámbito tributario. (*R. A. R.*)

DALIA, C.: «L'accessione per *inaedificatio* come acquisto dei coniugi in regime di comunione legale dei beni», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 66-119.

El presente artículo se ocupa de la problemática relativa a la titularidad del edificio construido por ambos cónyuges sobre el solar de propiedad de uno de ellos. Se trata, en concreto, de coordinar el artículo 177 Cciv., que declara la naturaleza ganancial de los bienes adquiridos por ambos cónyuges, y el artículo 934 Cciv. relativo a la accesión.

Tras el análisis de los diversos argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia italiana a favor y en contra de la calificación como ganancial, la autora se inclina por considerar que el edificio construido sobre el solar de uno de los cónyuges pasa a integrar el patrimonio ganancial, mientras que el solar sigue perteneciendo de forma privativa al cónyuge correspondiente. (*B. F. G.*)

DAVIAUD, P. H.: «De l'entretien du menage aux besoins de la vie courante (article 220 du Code civil)», *RDS*, 2003, núm. 13, pp. 848-849.

Adaptación de los derechos y obligaciones de los cónyuges ante las nuevas necesidades de la vida cotidiana. (*R. A. R.*)

DOGLIOTTI, M.: «La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 60-69.

Daños morales y biológicos infringidos al cónyuge mediante la negación reiterada e injustificada del derecho de visita a sus hijos. (*Alma R. G.*)

FERRANDO, G.: «Divorzio, delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità e diritto all'assegno», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 497-506.

Problema de la relación existente entre la sentencia de divorcio y la sentencia eclesiástica de nulidad y, en particular, las consecuencias patrimoniales que derivan del reconocimiento de efectos civiles a la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

FILOGRANO, G. R.: «Diritto di abitazione e di uso», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 396-413.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, sez. II, 23 maggio 2000, número 6691.

La sentencia comentada establece que la aplicación del artículo 540 Codice civile que establece el derecho de habitación del cónyuge superviviente sobre la vivienda familiar, no tiene lugar cuando ésta pertenecía en comunidad al cónyuge fallecido y a un tercero. (*B. F. G.*)

FINOCCHIARO, M.: «Convivenza extraconiugale e convivenza more uxorio. Differenze (ai fini del diritto all'assegno di divorzio)- nota a Cass. 17 gennaio 2002 n. 432», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 1002-1004. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Patrimoni dei coniugi e loro redditi, ai fini dell'assegno di mantenimento ex art. 156 c. c.- nota a Cass. 12 aprile 2001 n. 5492», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 3239-3242. (*M. R. D. R.*)

FREZZA, G.: «Casa familiare e figli maggiorenni, tra convivenza e mantenimento- nota a Cass. 22 aprile 2002 n. 5857», *GC*, 2002, núms. 7-8, pp. 1806-1813. (*M. R. D. R.*)

GIACALONE, G.: «In tema di natura e decorrenza dell'assegno di divorzio- osservazione a Cass. 21 marzo 2002 núm. 4038», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 2785-2788. (*M. R. D. R.*)

GRONDONA, M.: «Accordi patrimoniali tra ex coniugi e assegno di divorzio: un precedente?», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 347-349.

La autonomía contractual privada en la regulación de las relaciones patrimoniales entre separados y divorciados. (*Alma R. G.*)

IORIO, G.: «Costruzioni realizzate sul suolo di proprietà esclusiva di uno dei coniugi e comunione legale», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 193-204.

Discusión acerca de la titularidad del derecho de propiedad sobre el edificio construido en suelo perteneciente a uno de los cónyuges constante el régimen matrimonial de la comunión legal. (*Alma R. G.*)

LENA, B.: «Questioni in tema di riconoscimento del figlio naturale», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 297-304.

El derecho del progenitor al reconocimiento del propio hijo como elemento definitorio del interés del menor. (*Alma R. G.*)

LÓPEZ AZCONA, A.: «The consolidation of Family Rights of Preferential Acquisition contained in Spanish Regional Laws in relation to Swiss

legislation: the restoration of the *Droit de Préemption des Parents*», *ERPL*, 2002, vol. 10, pp. 623-640.

El Código civil español de 1889, conforme al liberalismo de la época, declinó la regulación de la preferencia adquisitiva. Sin embargo, algunos derechos de adquisición de carácter familiar han sobrevivido en determinados sistemas regionales, a pesar de las críticas. La autora mantiene que tales supuestos, existentes en los Códigos civiles de Aragón, Cataluña, Navarra y el País Vasco cumplen una función social que merece protección. En 1951 el legislador suizo introdujo un derecho similar, el derecho de adquisición preferente de los parientes (reformado en 1991). Se realiza un estudio comparativo y se destaca la importancia de tales instituciones. (*I. G. P.*)

MARTIN SAINT-LEON, D.: «L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale», *GP*, 2002, núms. 303-304, pp. 11-22.

Notas a propósito del valor actual de la prestación compensatoria en materia de Derecho de familia. (*R. A. R.*)

MORANI, G.: «Il nuovo regime dell'adozione internazionale (Legge 31 dicembre 1998 n. 476)», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 196-221.

Nociones generales sobre la adopción internacional. Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993. Sujetos públicos y privados de la adopción. Fases del procedimiento de adopción. Preadopción. (*Alma R. G.*)

RESCIGNO, P.: «Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro)», *RDC*, 2002, núm. 3, parte prima, pp. 325-331.

Reflexión sobre la Convención europea de los Derechos del Hombre, en relación con el Derecho privado, y los pronunciamientos de la Corte Europea al respecto, como la sentencia de 30 de mayo de 2000, que denuncia el instituto jurisprudencial de la accesión invertida, por considerarlo incompatible con el principio de legalidad. (*M. R. D. R.*)

REXAND-POURIAS, N.: «Les relations entre grands-parents et petits-enfants depuis la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale», *SJ*, 2003, núms. 1-2, I-100, pp. 9-14.

Modificación del artículo 371-4 del Código civil francés y el derecho de los abuelos a ver a sus nietos basado en el principio del interés del menor. (*I. S. P.*)

SEMINARA, M.: «Brevi note in tema di accessione e comunione legale fra coniugi», *DFP*, 2002, núm. 1, pp. 268-271.

Régimen de comunión legal entre cónyuges y construcción de edificio sobre terreno perteneciente a uno de ellos. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Droit patrimonial de la famille», *GP*, 2002, núms. 312-313.

Diversos estudios sobre la influencia de lo patrimonial en el ámbito familiar: filiación natural y sucesión; alquiler y retracto cuando hay un familiar; derecho de uso y habitación por motivos familiares; sustitución en una promesa de venta; causas de extinción de arrendamiento rural; etc. (*R. A. R.*)

ZOPPINI, A.: «L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo», *RDC*, 2002, núm. 2, parte prima, pp. 213-237.

Análisis de la autonomía privada en relaciones contractuales que afectan a la esfera familiar, y posibilidad de controlar el contenido del contrato. (M. R. D. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

BILOTTI, E.: «L'eredità giacente *pro quota*», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 456-464.

Artículo relativo a si, en caso de pluralidad de llamados, de los cuales sólo algunos han aceptado ya la herencia, es posible proceder al nombramiento de un curador de la herencia yacente que se encargue de la administración y de la conservación de las cuotas todavía no aceptadas. (Alma R. G.)

CORPART, I.: «L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi du 3 décembre 2001», *RDS*, 2002, núm. 39, pp. 2952-2957.

Los nuevos derechos reconocidos al cónyuge superviviente en la legislación francesa. Derecho a heredar al premuerto como consecuencia de su nueva consideración en la familia. (R. A. R.)

MARTINO, V.: «Negozi *trans mortem*, formalismo negoziale e revoca del beneficio nel contratto a favore di terzo», *RDC*, 2002, núm. 3, parte seconda, pp. 441-475.

Reflexión sobre contratos a favor de terceros tras la muerte del estipulante, donaciones *mortis causa* y posibles revocaciones. (M. R. D. R.)

MERVILLE, A. D.: «La réforme du statut du conjoint survivant par la loi núm. 2001-1135 du 3 décembre 2001. Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille?», *SJ*, 2002, núm. 49, I-185, pp. 2159-2163.

Situación del cónyuge superviviente ante la ley número 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001. Su carácter de heredero particular del difunto y los nuevos derechos reconocidos en la ley tanto por ser cónyuge como por ser heredero. Problemas que no se responden en la ley ante la nueva situación. (I. S. P.)

NATALE, A.: «Il patto di non pubblicare il testamento olografo», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 161-192.

Algunas consideraciones acerca de la publicación del testamento ológrafo: el fin de la publicación, la presentación y publicación en sí, el objeto de la publicación, la prohibición de publicar impuesta por el testador, ilicitud del pacto de no publicar el testamento... (Alma R. G.)

PELLETIER, C.: «Bref aperçu des droits du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001», *RDS*, 2002, núm. 29, pp. 2280-2281.

Derecho sucesorio en favor del cónyuge superviviente por la ley de 3 de diciembre de 2001 y sus consecuencias en el Derecho sucesorio, al dar a éste

un lugar avanzado según el puesto que ocupa en la familia moderna. El legislador le otorga derechos de plena propiedad adoptando un cierto número de disposiciones destinadas a garantizar el mantenimiento de las condiciones de vida anteriores a la muerte de uno de los esposos. (I. S. P.)

TALON, D.: «La procédure de l'envoi en possession face à un testament instituant deux légataires universels et à une convention interprétative», *GP*, 2002, núms. 342-344, pp. 2-7.

Problemas de interpretación sobre ciertas cláusulas testamentarias de legado universal. Acuerdo interpretativo sobre el tema. (R. A. R.)

VISALLI, N.: «Clausola penale testamentaria», *GC*, 2002, núm. 12, pp. 537-553.

Concreta crítica sobre la cláusula penal y determinación preventiva del daño establecida en testamento, para asegurar el cumplimiento de una obligación. (M. R. D. R.)

VV.AA.: «Reforme du droit des successions», *GP*, 2002, núms. 275-276.

Análisis de los diversos aspectos de la reforma del Derecho de sucesiones en Francia con la ley de 3 de diciembre de 2001: igualdad de filiación, orden sucesorio, indignidad, donación entre esposos, derecho del cónyuge supérstite, etc. (R. A. R.)

VARIA

BACHELIER, G.: «Qualité des avocats pour représenter leurs clients devant une administration publique», *GP*, 2002, núms. 265-267, pp. 24-29.

Conclusiones en el tema a la vista de la decisión del Consejo de Estado de 5 de junio de 2002. (R. A. R.)

BUSNELLI, F. D.: «Diritto privato italiano. Radiografia di un sistema», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 1-18.

Análisis de los aspectos del *Codice Civile* de 1942 que, según el autor, caracterizan al Derecho privado italiano. El autor considera que son tres las características principales de dicho código que cabe destacar: la unificación en un mismo cuerpo legal de las materias civiles y mercantiles, la síntesis entre el sistema civil alemán y el francés y la introducción de normas que responden a la nueva realidad social y que pretenden servir de base a un futuro Derecho civil europeo.

La segunda parte del artículo se centra fundamentalmente en el Derecho de la persona y, en concreto, en aquellos aspectos en donde se reflejan algunos principios constitucionales. (B. F. G.)

CAPORUSSO, S.: «Sostituzione di arbitro», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 432-441.

Comentario a la sentencia de la *Corte d'appello di Bari*, sez. I ordinaria, 10 ottobre 2000.

En dicha sentencia se establece la inimpugnabilidad del acto con el que el Presidente del Tribunal resuelve sobre la petición de sustitución del árbitro. (B. F. G.)

CARUSSI, D.: «*Momentum mortis vitae tribuitur?* Del danno da uccisione e di alcune questioni in materia di condizione», *RDC*, 2002, núm. 3, parte seconda, pp. 391-397.

Reflexiones sobre el daño moral y patrimonial como consecuencia de la muerte de una persona: extinción de la capacidad jurídica del fallecido y posibilidad de exigir resarcimiento del daño por los perjudicados y herederos del fallecido por causa ilícita. (M. R. D. R.)

MIRABELLI, G./GRAZIADEI, G.: «Panorama di giurisprudenza della Corte di Cassazione-Terzo Quadrimestre 2001», *RDC*, 2002, núm. 3, parte seconda, pp. 477-493.

Reseña de jurisprudencia relativa a diferentes materias de Derecho privado. (M. R. D. R.)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2003, núms. 22-23.

Estudios diversos sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho francés. (R. A. R.)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2002, núms. 296-297.

Número especial sobre la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico. (R. A. R.)

VV.AA.: «La publicité», *GP*, 2002, núms. 270-271.

Número especial sobre la publicidad en el ámbito de los productos. Incidencia de la publicidad en los hábitos de los clientes. (R. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BRIDENNE, E.: «Pouvoir de direction de l'employeur dans l'entreprise et secret de la correspondance par voie de télécommunication», *GP*, 2002, núms. 233-234, pp. 15-21.

Notas a la sentencia de la corte de París, sección 11 A, de 17 de diciembre de 2001 sobre poder de dirección del empresario. (R. A. R.)

KEHRIG: «Clause de non-concurrence et contrepartie financière», *GP*, 2002, núms. 340-341, pp. 9-14.

Conclusiones a la sentencia de la corte de casación social de 10 de julio de 2002 sobre obligaciones de no competencia tras la extinción de un contrato de trabajo. (R. A. R.)

KOVAR, R.: «Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE», *RDS Aff.*, 2003, núm. 7, pp. 478-485.

Novedad de la regulación europea sobre competencia y confrontación con los principios tradicionales franceses. Descentralización en la aplicación de la normativa sobre derecho de la competencia. Garantía de la unidad y eficacia de la nueva normativa. (*I. S. P.*)

MANES, P.: «Trust e art. 2740 c. c.: un problema finalmente risolto», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 570-583.

Artículo dedicado al *trust* constituido de forma unilateral. (*Alma R. G.*)

PAILLUSSEAU, J.: «Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle (1re partie)», *RDS Aff.*, 2003, núm. 4, pp. 260-268.

Influencia de las uniones económicas, monetarias y políticas en el Derecho. La rama del Derecho de las actividades económicas. Los nuevos conceptos de empresa y su evolución en las técnicas jurídicas. (*I. S. P.*)

PAILLUSSEAU, J.: «Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle (2e partie)», *RDS Aff.*, 2003, núm. 5, pp. 322-332.

Continuación al trabajo iniciado en el número 4 de la revista, donde el autor analiza la evolución conceptual y técnica de los términos tradicionales de comerciante, empresa, etc. El derecho de la actividad económica como derecho de organización. (*I. S. P.*)

REIFEGERSTE, S.: «L'articulation du droit communautaire et du droit national de la concurrence. Le règlement núm. 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE», *SJ*, 2003, núms. 15-16, I-125, pp. 657-662.

Primer intento de una reforma global en materia de derecho comunitario de la competencia. Necesidad de modernización de tal normativa y unificación europea de esta materia. (*I. S. P.*)

SALAFIA, V.: «Raggruppamento di imprese e poteri rappresentanti all'impresa capogruppo- nota a Trib. Catania 27 dicembre 2001», *GC*, 2002, núm. 6, pp. 1684-1687. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «L'efficacité de la politique de la concurrence», *GP*, 2003, núms. 26-28.

Estudio especial sobre el Consejo de la competencia. Eficacia de la nueva política existente en el ámbito mercantil. Ponencias del Coloquio de 13 de febrero de 2002. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BARALDI, M.: «Sulle prestazioni accessorie all'obbligo dei conferimenti nelle società di capitali», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 44-56.

Artículo dedicado a las relaciones existentes entre la sociedad y el socio titular de acciones con prestaciones accesorias. (*Alma R. G.*)

BERLUCCHI, A.: «Rilevanza della partecipazione dell'ente locale e indirizzi di gestione nella società per azioni mista: prime considerazioni –nota a Cons. St., sez. V, 20 agosto 2002 n. 4471», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 1097-1108. (*M. R. D. R.*)

BUSONI, F.: «Il compenso dell'amministratore tra privilegio e revocabilità», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 265-280.

La función de los administradores: caracteres de la actividad realizada por el administrador de las sociedades de capital. (*Alma R. G.*)

CASALE, F.: «Questioni in tema di unico azionista e di pegno di azioni», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 436-454.

El voto en la asamblea en caso de existencia de una prenda de acciones: el cómputo del quórum y la disciplina del conflicto de intereses, la extensión y límites del derecho de voto. (*Alma R. G.*)

COHEN, D.: «La validité du "coup d'accordéon"», *RDS Aff.*, 2003, núm. 6, pp. 410-413.

Conflictos entre accionarios minoritarios por las operaciones sobre el capital de sociedades. Aceptación del denominado «golpe de acordeón» por la jurisprudencia con base en el interés social. (*I. S. P.*)

DO CARMO SILVA, J. M.: «Les lignes d'actions, ou equity lines, confrontées, au droit des sociétés», *RDS Aff.*, 2002, núm. 44, pp. 3325-3330.

Líneas de acción de las sociedades con los bancos para el aumento de capital social, ante los problemas de la bolsa. Autorización de la COB. Problemas jurídicos y económicos de esta práctica. (*I. S. P.*)

FERRI, G. JR./STELLA RICHTER, M. JR.: «L'oggetto sociale statutario», *GC*, 2002, núm. 11, pp. 483-487.

Análisis del objeto social (requisitos y determinación), como elemento del acto constitutivo y el problema de la sociedad ocasional, en distintos tipos de sociedades (profesiones intelectuales, liberales, etc.). (*M. R. D. R.*)

GENARI, F.: «Problemi non risolti in tema di fusioni eterogenee nel settore bancario», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 408-438.

Artículo sobre la nueva disciplina de las concentraciones bancarias. (*Alma R. G.*)

GIULANI, F. M.: «Le joint ventures nell'ordinamento giuridico italiano: topiche privatistiche e fiscali», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 350-377.

Estudio desde la perspectiva del Derecho privado y del Derecho financiero acerca de la nueva figura *joint ventures*, como instrumento de colaboración entre empresarios. (*Alma R. G.*)

GRANELLI, C.: «La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario», *RDC*, 2002, núm. 4, parte seconda, pp. 507-513.

Notas sobre responsabilidad patrimonial del deudor y sus especiales efectos en Derecho societario. (*M. R. D. R.*)

HALLOUIN, J. C.: «Le monopole de représentation du président de la société para actions simplifiée», *RDS Aff.*, 2002, núm. 38, pp. 2922-2924.

Consagración del monopolio de la representación en la cabeza del presidente de la sociedad anónima tras la S de 2 de julio de 2002 de la Corte de casación. Inconvenientes y críticas. (*I. S. P.*)

LAMOUR, M. P.: «La responsabilité personnelle des associés», *RDS Aff.*, 2003, núm. 1, pp. 51-57.

Responsabilidad de los socios cuando revocan dolosamente al director de la empresa. Problemas sobre los criterios para determinar el tipo de falta y por tanto su responsabilidad concreta. Situación jurisprudencial. (*I. S. P.*)

LIACE, G.: «L'amministrazione nelle società di persone», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 632-652.

Diversas cuestiones sobre la figura del administrador en las sociedades personalistas (la administración mixta, el administrador único, derechos y obligaciones de los administradores, el control de los socios, los poderes del administrador después de la extinción de la sociedad, el administrador judicial ...). (*Alma R. G.*)

MALECKI, C.: «Informations sociales et environnementales: de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées?», *RDS Aff.*, 2003, núm. 12, pp. 818-823.

Desarrollo del Derecho de sociedades con la necesidad de informar a los socios de la actividad y desarrollo de la empresa anualmente, y la forma de hacerlo por ésta. Contenido de la información y su control. (*I. S. P.*)

MANES, P.: «Abuso di direzione unitaria e responsabilità degli amministratori della controllante: verso l'affermazione di un principio generale», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 1-43.

Responsabilidad de los administradores de la empresa dominante por abuso de dirección (formas de ejercicio abusivo de la actividad de dirección unitaria, aplicación por analogía de las normas sobre administración extraordinaria y responsabilidad directa de la sociedad que ostenta el control). (*Alma R. G.*)

MARASÀ, G.: «I problemi attuali della legislazione cooperativa nelle prospettive della riforma», *RDC*, 2002, núm. 2, parte seconda, pp. 281-294.

Reflexión sobre los problemas actuales de la regulación normativa de empresas bajo la forma de cooperativa, con vistas a su reforma. (*M. R. D. R.*)

MINERVINI, E.: «Conferimento, esecuzione ed inadempimento dell'incarico professionale nella nuova disciplina della società tra avvocati», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 617-631.

Análisis de la nueva normativa italiana sobre las sociedades entre abogados. (*Alma R. G.*)

MIRIELLO, C.: «Note in tema di diritto di recesso nelle società cooperative», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 57-63.

Artículo dedicado al derecho de desistimiento unilateral del socio de una cooperativa. (*Alma R. G.*)

REYGOBELLET, A.: «Pour une “société en nom collectif ... unipersonnelle”», *RDS Aff.*, 2003, núm. 10, pp. 679-683.

El principio de responsabilidad ilimitada en el Derecho francés de sociedades a través de las sociedades de nombre colectivo unipersonales. Ventajas de su funcionamiento y ventajas para la empresa. (*I. S. P.*)

RORDORF, R.: «Recesso del socio e liquidazione della quota nelle società di capitali», *FI*, 2003, vol. 1, pp. 267-269.

El desistimiento unilateral del socio en las sociedades de capital: fundamento y límites de la autonomía. (*Alma R. G.*)

SANTORO, V.: «Osservazione su titoli di massa (e dintorni) in relazione alla legge sull'usura», *RDC*, 2002, núm. 3, parte seconda, pp. 381-390.

Observaciones sobre la ley de usura en relación con los títulos de crédito, y la posibilidad de oponer la correspondiente excepción procesal en caso de reclamación de cumplimiento. (*M. R. D. R.*)

SPADA, P.: «Schegge di riforma del diritto delle società di persone», *RDC*, 2002, núm. 3, parte prima, pp. 347-363.

Notas sobre la reforma de la regulación de la sociedad unipersonal: inscripción registral, responsabilidad, etc. (*M. R. D. R.*)

TONELLO, M.: «Offerte pubbliche di acquisto e *substantial share acquisitions*: breve rassegna aggiornata delle norme di diritto americano», *CI*, 2002, núm. 1, pp. 208-239.

Las normas jurídicas relativas a los mercados financieros: la *Williams Act* y la disciplina de las *share acquisitions*. La *Williams Act* y la disciplina de las ofertas públicas de adquisición. Las normas protectoras de la competencia: la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*. (*Alma R. G.*)

VIDIRI, G.: «Lo scioglimento di diritto delle società cooperative edilizie (art. 18.l. n. 59 del 1992)– nota a Cass. 6 dicembre 2001 n. 15475», *GC*, 2002, núm. 9, pp. 2199-2202. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Società in accomandita semplice: esclusione dell'unico accomandatario da parte dell'accomandante)- nota a Cass. 29 novembre 2001 núm. 15197», *GC*, 2002, núm. 4, pp. 1039-1042. (*M. R. D. R.*)

ZOPPINI, A.: «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», *RDC*, 2002, núm. 4, parte prima, pp. 545-575.

Reflexión sobre algunos aspectos de la separación de patrimonios en la regulación de las sociedades: responsabilidad, tutela de acreedores, análisis económico del derecho, etc. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BARRET-BARNAY, M. C.: «Les différents systèmes d'enregistrement des crédits dans les Etats membres de l'Union européenne», *RDS Aff.*, 2003, núm. 16, pp. 1082-1087.

Modalidades de créditos y técnicas de selección de riesgo, con un análisis minucioso de éste. El control del crédito. (*R. A. R.*)

CALAIS-AULOY, J.: «Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE 25 avril 2002)», *RDS Aff.*, 2002, núm. 31, pp. 2458-2461.

Sistema jurisprudencial de responsabilidad sobre la obligación de garantía de los vendedores profesionales. Condena a este sistema por la Corte de justicia europea en la decisión de 25 de abril de 2002. Problemas jurídicos de la directiva y su incidencia en la protección de las víctimas por productos defectuosos. (*I. S. P.*)

COURTIEU, G.: «Contrats en unités de compte: droits et devoir de l'assureur», *GP*, 2003, núms. 15-16, pp. 2-4.

Derechos y deberes del asegurado por los contratos celebrados en materia de seguro. (*R. A. R.*)

FABRE, R./DANY, M.: «Application de la nouvelle définition des opérations de concentration à la franchise», *RDS Aff.*, 2003, núm. 3, pp. 195-197.

Aplicación del control a las concentraciones de la franquicia y sus consecuencias en los contratos. Análisis de la nueva legislación en la ley NRE y el proyecto sobre directrices en materia de concentraciones. (*I. S. P.*)

GIULIANI, F. M.: «L'inadempimento nel riporto di borsa», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 667-681.

Artículo relativo a los diversos contratos realizados en bolsa. (*Alma R. G.*)

LEGUEVAQUES, C./ PATUREAU, N.: «La garantie des paiements des entrepreneurs: Quelques précisions pratiques», *GP*, 2002, núms. 279-281, pp. 3-6.

Notas sobre la forma de garantizar los pagos entre comerciantes. Situación actual. (*R. A. R.*)

LISANTI-KALCZYNSKI, C.: «L'action directe dans les chaînes de contrats? Plus de dix ans après l'arrêt Besse», *SJ*, 2003, núm. 3, 1-102, pp. 61-66.

Situación de los contratos en cadena en la jurisprudencia. Evolución desde el caso Besse de 1991. (*I. S. P.*)

PETTARIN, G. G.: «Trasferimento di conto corrente bancario e continuità del rapporto», *NGCC*, 2002, núm. 4, pp. 482-486.

Determinación del fin de las relaciones jurídicas surgidas en virtud de un contrato de cuenta corriente entre la entidad bancaria y el cliente, cuando éste decide transferirlo a una agencia distinta. (*Alma R. G.*)

PETTARIN, G. G.: «Comportamento della banca contrario a buona fede e perdita della garanzia fideiussoria», *NGCC*, 2002, núm. 3, pp. 257-265.

Artículo dedicado a la obligación de la entidad bancaria de comportarse de acuerdo a la buena fe en la ejecución de un contrato de garantía. (*Alma R. G.*)

PICOD, Y.: «Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise», *RDS Aff.*, 2002, núm. 24, pp. 1971-1973.

Sanciones legales sobre la obligación legal impuesta por el artículo 313-22 del Código monetario y financiero frente a los establecimientos de crédito. Responsabilidad de dichos organismos. (*I. S. P.*)

SAINTE-ROSE, J./CHABAS, F.: «Obligation de sécurité de résultat du transporteur ferroviaire de voyageurs et force majeure», *GP*, 2002, núms. 335-337, pp. 10-16.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección primera, de 3 de julio de 2002 sobre daños en el curso de transporte ferroviario de viajeros. Inexistencia de fuerza mayor. (*R. A. R.*)

SOLINAS, G.: «La commissione bancaria», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 653-666.

Diversas cuestiones relativas a la comisión bancaria: la función de tal comisión, presupuestos de operatividad, la permanente duda sobre la naturaleza jurídica de la comisión bancaria ... (*Alma R. G.*)

VIVANT, M.: «Le commerce électronique, défi pour le juge», *RDS Aff.*, 2003, núm. 10, pp. 674-678.

Problemas que se plantean en la actuación judicial ante el comercio electrónico: competencia y poderes del juez. (*I. S. P.*)

DERECHO CAMBIARIO

CUZACQ, N.: «Synopsis des récentes réformes législatives relatives au droit des marchés financiers. Éléments de droit positif et de droit prospectif», *GP*, 2002, núms. 298-299, pp. 2-16.

El mercado financiero actual en Francia. Reformas legislativas en el ámbito de efectos negociables. (*R. A. R.*)

HÉCART, C. H.: «Réflexions à propos de la traite non acceptée», *RDS Aff.*, 2003, núm. 8, pp. 539-544.

Endoso de una letra de cambio no aceptada. Su posible calificación de cesión de crédito. Derecho patrimonial creado como atípico, por no ser ni derecho de crédito, ni derecho real. (I. S. P.)

DERECHO CONCURSAL

CORNO, G.: «Archivi e banche di dati personali del fallimento. Prime considerazioni di diritto italiano», *CI*, 2002, núm. 2, pp. 729-747.

Artículo acerca de la protección de los datos personales del sujeto declarado en quiebra. (*Alma R. G.*)

CULTRERA, M. R.: «Dichiarazione in estensione del fallimento del socio e decorrenza degli effetti», *FI*, 2003, vol. I, pp. 242-243.

Artículo relativo a los efectos y extensión de la quiebra. (*Alma R. G.*)

PERLINGIERI, P.: «Il ruolo del notaio», *Rass. dir. civ.*, 2002, I-II, pp. 362-374.

Dictamen emitido a propósito de una consulta referida al ámbito de la figura concursal de los *concordati preventivi con cessione dei beni*. En concreto, se trata de dilucidar si la transmisión definitiva del bien que ha sido adjudicado provisionalmente tras la sentencia pertinente, debe realizarse ante juez delegado o ante notario. El autor se inclina por la segunda opción esgrimiendo a este propósito dos argumentos: en primer lugar, la función del *concordato preventivo*, que no es sólo de satisfacción de los intereses de los acreedores sino también de conservación, desarrollo o recuperación de la empresa. En segundo lugar, se apoya en la exacta definición de la fase ejecutiva del *concordato*: no se trata de una mera liquidación, sino de la libre negociación de intereses realizada mediante una variedad de sistemas. Como consecuencia de ello, considera el autor que no se justifica la necesidad de aplicar en todo caso las reglas previstas para la *vendita fallimentare*. (*B. F. G.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Archiv. Giur.	Archivio Giuridico
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il diritto di famiglia e delle persone
Dir. Aut.	Il Diritto di autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile

GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	The law Quaterly Review
Modern L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RDS	Recueil Dalloz Sirey
RDS Aff.	Recueil Dalloz Sirey Affaire
RIDA	Revue Internationale du Droit d' auteur
RTDC	Revue Trimestrelle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches und Privatrecht

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE EL ESTADO CIVIL (AÑO 2002)

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Universidad Autónoma de Madrid

1. INSCRIPCIONES DE NACIMIENTO Y DE FILIACIÓN

1.1 Inscripción de la filiación materna no matrimonial.–No es admisible una doble inscripción de maternidad.

- Si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar también como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, lo cual sólo es posible por medio de una adopción reservada en el Código Civil y en Cataluña a las parejas heterosexuales.

Resolución de la DGRN de 9 de enero de 2002.

HECHOS:

Con fecha 10 de septiembre de 2001, ante el Registro Civil competente; doña M.-S. G. P. y doña M. V. T., ambas solteras, solicitaron la anotación de la filiación materna no matrimonial de la primera y la anotación como «comadre» de la segunda en la inscripción de nacimiento del hijo biológico no matrimonial de la primera, nacido el 13 de agosto de ese mismo año. La filiación paterna del menor no ha quedado determinada.

El Juez Encargado dictó providencia denegando el reconocimiento de la filiación paterna por parte de doña M. T. V., por no ser biológicamente posible la paternidad que se pretendía determinar, y ordenó la inscripción materna que se desprendía del certificado médico aportado.

Las promotoras interpusieron recurso frente a dicho acuerdo, ante la DGRN alegando que mantenían una relación de pareja de hecho desde 1983, que el nacimiento del niño suponía una ampliación del núcleo familiar y que ambas se responsabilizarían del cuidado del niño. Invocaron la igualdad de trato independientemente de la orientación sexual, reconocida en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, los principios de constitucionales sobre protección al menor y no discriminación, así como diversas sentencias sobre uniones de hecho y sobre parejas homosexuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 1, 14 y 39 de la Constitución; 87 del Código de familia catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio; 113 y 120 del Cód-

go Civil; 47, 48 y 50 de la Ley del Registro Civil; y la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

II. Por mucho que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al objetivo descabellado de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como a la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza (cfr. art. 87 del Código catalán de familia). El principio de veracidad biológica, que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación, se opone a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

III. No hay que esforzarse en encontrar argumentos jurídicos que fundamenten esta solución. De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (cfr. arts. 113-2.º CC y 50 LRC).

IV. En definitiva, el vínculo intentado de maternidad, respecto de quien no es madre biológica, sólo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente en el Código Civil y en Cataluña.

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y confirmar la calificación efectuada.

1.2 **Inscripción dentro de plazo de la filiación materna.—Determinación de la filiación paterna: fecundación *in vitro*, realizada en vida del marido de la madre, e implantación *post mortem* del embrión.**

- **Se inscribe la filiación no matrimonial de la madre cuando el hijo ha nacido pasados más de 300 días desde la disolución del matrimonio.**
- **Aunque el nacimiento haya acaecido por virtud de embrión crioconservado de los cónyuges, no es inscribible la filiación matrimonial porque no consta el consentimiento del marido para la implantación *post mortem* del embrión, sino sólo para la congelación de embriones y, además, este consentimiento no consta en documento fehaciente (art. 92 del Código de Familia de Cataluña).**

Resolución de la DGRN de 24 de septiembre de 2002 (2.ª).

HECHOS:

Con fecha 14 de febrero de 2002, doña Y. R. A., viuda, solicitó la inscripción de nacimiento de su hija S, acaecido el 4 de febrero de 2002, como hijo matrimonial de su esposo, don J. C. M., fallecido el 18 de enero de 2001. La promotora aportó copia del consentimiento que, en su día, prestaron ella y su esposo para la transferencia de embriones criopreservados; así como del informe de la transferencia de embriones congelados/descongelados procedentes del ciclo de fecundación *in vitro* realizado el 7 de noviembre de 2002 y

demás documentación de un centro médico sobre el proceso de fecundación *in vitro*.

Según quedó acreditado, el 18 de diciembre de 2000, la promotora y su esposo, tras un previo intento fallido, prestaron consentimiento para someterse a un nuevo proceso de criotransferencia de embriones criopreservados. Dicho consentimiento no fue recogido en documento de carácter «fehaciente». Iniciado el correspondiente tratamiento farmacológico, el mismo día en que debía llevarse a cabo la transferencia de embriones, falleció el esposo en accidente de circulación. La promotora decidió seguir adelante con el proceso y, como consecuencia de la transferencia producida el 22 de mayo de 2001, quedó embarazada.

El Juez Encargado dictó auto denegando lo solicitado al entender que no era de aplicación el artículo 92 del Código de Familia catalán, al no darse el supuesto de «fecundación *post mortem*», ni ajustarse el consentimiento prestado a los términos exigidos en su apartado a), ya que la fecundación propiamente dicha se produjo en vida del marido y no constaba la voluntad expresa del mismo para que se llevase a cabo el embarazo después de su muerte, por lo que, en aplicación de las normas generales de determinación extrajudicial de la filiación, habiéndose producido el nacimiento después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, no gozaba el nacido de la presunción de filiación matrimonial, por lo que procedía su inscripción exclusivamente con la filiación materna acreditada. No obstante, cabría perfectamente la determinación de la filiación matrimonial en vía jurisdiccional, siempre que se acreditase, mediante las pertinentes pruebas biológicas, la paternidad del marido, ya que la fecundación se produjo en vida del mismo, constante el matrimonio.

La promotora y don J. S. O. interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 3 y 116 del Código Civil; 47 de la Ley del Registro Civil; 181 y 182 del Reglamento del Registro Civil; la Ley de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988; y los artículos 87 a 92 del Código de Familia de Cataluña, de 15 de julio de 1998.

II. Se plantea en este recurso la filiación paterna que ha de figurar en la inscripción de nacimiento del nacido pasados trescientos días después del fallecimiento del cónyuge de la madre, que ha sido concebido con técnicas de reproducción asistida.

III. Tanto el Código Civil (cfr. art. 116), como el Código de Familia de Cataluña (cfr. art. 89), establecen como límite para atribuir al marido la paternidad matrimonial que el nacimiento tenga lugar antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o de la separación legal o de hecho de los cónyuges. De esta regla general se exceptúa el caso en que el hijo ha nacido como consecuencia de un proceso de fecundación asistida de la mujer, que ha tenido lugar después del fallecimiento del marido. Este supuesto exige unos requisitos específicos, por lo que, en definitiva, se trata de comprobar si efectivamente concurren en él las previsiones que marca la ley para que el nacido tenga determinada la filiación paterna matrimonial que su madre reclama.

IV. En el presente caso, es forzoso reconocer que falta el consentimiento expreso del marido para que la fecundación asistida pueda tener lugar después de su muerte que, además, debe «constar fehacientemente» (cfr. art. 92-2-a del Código de Familia). No cabe argumentar interpretaciones literales sobre el sig-

nificado de la palabra fecundación, para que el supuesto que ahora se plantea quede fuera de la *ratio* de la ley. Ciertamente la técnica utilizada (transferencia de embriones criopreservados) no se corresponde exactamente, desde un punto de vista biológico, con la fecundación; pero entender que ésta se ha producido en vida del marido y, por tanto, que no se trata de una fecundación asistida *post mortem*, llevaría a consecuencias poco deseables ya que, en este caso, no sería aplicable la limitación temporal que establece el Código de Familia (270 días después de la muerte del marido, cfr. art. 92-c), quedando los embriones congelados *sine die*, hasta que la viuda decidiera o no implantárselos, creando una permanente situación de indeterminación e inseguridad en las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento totalmente inadmisibles. Por el contrario, no cabe interpretar una ley de manera que conduzca a la contradicción o al absurdo, teniendo, sin embargo, que interpretarse de acuerdo con el espíritu de la misma y la realidad social en que la misma ha de aplicarse.

Y no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto, sin que pueda deducirse, sin más, de su consentimiento —efectuado en vida—, a que la fecundación asistida tenga lugar, y por más que el destino evidente de los embriones sea su implantación en el útero materno. La cuestión es lo suficientemente importante para que se exija de una manera clara y terminante la voluntad del marido, y entenderlo de otro modo llevaría al absurdo, ya que si se entendiera prestado el consentimiento en vida, también para el caso de muerte, no tendría sentido que la ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional. A mayor abundamiento, el documento suscrito por los cónyuges en el Centro Médico, y que según la recurrente es suficiente a los efectos que pretende, no puede ser en ningún modo considerado como un documento «fehaciente», ya que carece de las formas y solemnidades que la ley exige para que pueda tener tal consideración, sin que pueda tener valor como tal la simple protocolización del documento del Centro Médico efectuada un año después del fallecimiento y, obviamente, con la sola intervención de la viuda.

Por todo lo expuesto, al no concurrir los requisitos exigidos no puede accederse a la pretensión de la recurrente, sin perjuicio de los que pueda decidirse en un juicio declarativo ordinario.

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y confirmar la calificación efectuada.

1.3 Reconocimiento de la paternidad no matrimonial.

- Aunque el padre y el hijo sean ya mayores de edad, teniendo en cuenta que su diferencia de edad no llega a trece años, se aplica por analogía el artículo 121 del Código Civil y se exige que el reconocimiento obtenga aprobación judicial, para cerciorarse de su realidad biológica.

Resolución de la DGRN de 7 de noviembre de 2002 (2.ª).

HECHOS:

Con fecha 25 de julio de 2001, ante el Registro Civil de su domicilio, don S. C. O., nacido el 5 de diciembre de 1951, solicitó la anotación de su

paternidad respecto de don G. E. G., nacido el 15 de septiembre de 1964, hijo suyo y de doña J. G. H. Según quedó acreditado, don G. E. G. está inscrito como hijo no matrimonial de doña J. E. G. en el Registro Civil de la localidad donde nació; sin embargo, no existe inscripción de nacimiento de dicha señora en tal Registro, pero sí de doña J. G. H., la cual consta como madre —del mencionado G. E. G.— en el documento nacional de identidad de éste.

El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente lo solicitado al no haber coincidencia en cuanto al nombre de la persona respecto de la que se estableció la filiación materna y al «no haberse acreditado ni haberse explicado por el promotor la aparente dificultad de concebir y tener un hijo cuando contaba sólo 12 años de edad».

La Juez Encargada dictó auto denegando lo solicitado por existir una duda razonable sobre la presunta paternidad alegada por cuestión biológica y la ausencia de una explicación racional y de otras pruebas, y al no darse identidad entre la que figuraba como madre en la inscripción de nacimiento de G. E. G. y la persona que se pretendía que figurase como tal.

El promotor presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 120 y 121 del Código Civil; 27 y 49 de la Ley del Registro Civil; 186 del Reglamento del Registro Civil; la Circular de 2 de junio de 1981; y las Resoluciones de 9 (7.^a) de septiembre, 4 de noviembre de 2000 y 22 de diciembre de 2001.

II. Un reconocimiento de la paternidad no matrimonial ante el Encargado del Registro Civil (cfr. art. 120-1.º CC) puede inscribirse sin necesidad de expediente, siempre que el Encargado en su calificación compruebe que se han cumplido los requisitos exigidos para la validez y eficacia del reconocimiento.

III. Conforme al artículo 121 del Código Civil, la eficacia del reconocimiento otorgado por los incapaces, o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad, necesita para su validez «aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal», precepto aplicable al caso debatido en que el reconocido nació en el año 1964, a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria 1.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. El Código Civil, por tanto, permite expresamente el reconocimiento otorgado por menores, cualquiera sea su edad, incluyéndose así el reconocimiento en aquel grupo de actos relativos a los derechos de la personalidad que aquéllos pueden realizar por sí mismos, siempre que tengan «condiciones de madurez» suficientes (cfr. art. 162-2-1.º), ya que sería contrario a la moral que los menores «pudieran dejar de cumplir la obligación que todo padre tiene, con arreglo al derecho natural y positivo, de reconocer y alimentar a su hijo» (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1885).

IV. Ahora bien, tal posibilidad se somete a una importante cautela: el reconocimiento en tales casos, tratándose de menores que no puedan contraer matrimonio por razón de edad, precisa para valer como título de determinación legal de la filiación un requisito adicional, éste es, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (cfr. art. 121 CC). Se trata de un requisito que pretende no ya, o no sólo, salvaguardar los intereses del menor que otorga el reconocimiento, en atención a su grado de madurez y a la trascendencia del acto, sino especialmente garantizar la concurrencia de la realidad biológi-

ca que subyace en la filiación por naturaleza (cfr. art. 108 CC). Es por ello que no ha de prescindirse de tal requisito en el caso de que el reconocimiento se formalice en un momento posterior a aquél en el que el menor alcanza la mayoría de edad, siendo incapaz de contraer matrimonio por razón de edad al tiempo del nacimiento del reconocido, debiendo aplicarse también a este supuesto analógicamente el requisito especial del artículo 121 del Código Civil, en atención a la finalidad del mismo antes indicada, pues concurre identidad de razón con el supuesto expresamente regulado en dicha norma (cfr. art. 4-1 CC).

Por consiguiente, la eficacia del reconocimiento ahora cuestionado, otorgado por quien, siendo al tiempo del reconocimiento mayor de edad, tenía doce años en el momento del nacimiento del reconocido, y su subsiguiente inscripción, queda subordinada a la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, para lo cual debe remitirse de oficio testimonio de estas actuaciones (cfr. art. 16 RRC).

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y ordenar que se remita testimonio de las actuaciones seguidas al órgano judicial que sea competente, a fin de que se apruebe o deniegue el reconocimiento de la paternidad.

2. NACIONALIDAD

2.1 Recuperación de la nacionalidad española.

- **Nace español el nacido de padre que era español en el momento de la concepción pero adquirió voluntariamente la nacionalidad argentina antes del nacimiento del hijo.**
- **El interesado puede recuperar, como hijo de emigrante, la nacionalidad española que perdió por haber estado sujeto a la patria potestad del padre argentino.**

Resolución de la DGRN de 26 de diciembre de 2002 (1.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de la localidad española en que reside, don AFC, nacido el 24 de agosto de 1942 en la República Argentina, solicitó la inscripción de su nacimiento y recuperación de la nacionalidad española por ser hijo de padre español de origen, si bien había obtenido carta de ciudadanía argentina el 18 de marzo de 1942.

El Juez Encargado dictó acuerdo denegando la solicitud formulada ya que el interesado nació cuando su padre era ya argentino, por lo que debería solicitar la nacionalidad española por residencia.

El promotor interpuso recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN, al cual se adhirió el Ministerio Fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 17, 18 y 20 del Código Civil, en su redacción originaria; 26 y 29 del Código Civil; 46, 64 y 67 de la Ley del Registro Civil; 226 a 229 del Reglamento del Registro Civil; la disposición transitoria 1.ª de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre; y la Resoluciones de 31 de marzo de 1992, 12 de julio de 1993 y 7-2.ª de septiembre de 2001.

II. El nacimiento del promotor tuvo lugar a los cinco meses y seis días siguientes a la obtención de la nacionalidad argentina del padre. Consiguientemente, en el momento de la concepción el padre mantenía la nacionalidad española de origen y es en el intervalo entre la concepción y el nacimiento cuando ha tenido lugar la pérdida de la nacionalidad española del padre. Surge, por tanto, la cuestión de si, a los efectos de la atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis*, era aplicable la norma contenida en el artículo 29 del Código Civil, según el cual «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente». Caso de aplicarse esta ficción legal, el resultado sería que el hijo lo era de padre español, y habría nacido español como hijo de padre español (cfr. art. 17 CC, redacción originaria).

III. Como ha señalado ya este la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Resoluciones citadas en los «vistos», no hay motivos suficientes para excluir del ámbito de aplicación del artículo 29 del Código Civil las hipótesis de adquisición de la nacionalidad española «iure sanguinis» del artículo 17 en la redacción entonces vigente. En efecto, aunque el texto hable de «nacidos», hay que entender que el artículo 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene porqué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de la concepción, que preconiza el citado artículo 29 del Código Civil. Además, que la cuestión «le sea favorable» es evidente, ya que si el interesado invoca la nacionalidad española del padre, es que obviamente le beneficia.

IV. Sentado este criterio inicial, lo que ocurre es que el interesado ha perdido la nacionalidad española por haber quedado sujeto a la patria potestad de su padre argentino (cfr. art. 18 CC, redacción originaria). El interesado, que según se ha razonado, nació español, puede ahora recuperar esta nacionalidad por la vía establecida en el artículo 26 del Código Civil, conforme a la voluntad manifestada por el mismo.

La Dirección General **acordó** estimar el recurso, revocar la calificación recurrida, y ordenar que se practique la inscripción del nacimiento del promotor y la marginal de recuperación de la nacionalidad española.

3. MATRIMONIO

3.1 Autorización de matrimonio civil.

A) La autorización se deniega porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 2002 (1.ª).

HECHOS:

Con fecha 27 de agosto de 1999, don P. J. G., español, de 30 años de edad y soltero, quien llevaba seis años recluido en un centro penitenciario español, solicitó del Registro Civil competente autorización para contraer matrimonio civil por poderes con doña E. G. P., de 38 años de edad, divorciada, cubana y residente en dicho país.

Del trámite de audiencia personal y reservada a cada promotor, resultan una serie de hechos significativos, cuáles son la discrepancia sobre la fecha en que se conocieron, el lugar de residencia de los parientes de ella en España, así como el desconocimiento, por parte de él, de ciertas cuestiones esenciales de la vida de ella (edad del hijo, nombre de la madre, ingresos que percibe), y por ella, de los motivos por los que él está en prisión; y, sobre todo, las circunstancias en que se hallan los interesados, que nunca se han visto, ni han acreditado la comunicación por correspondencia entre ellos, y la imposibilidad de iniciar convivencia alguna, pues el contrayente está cumpliendo condena.

El Encargado del Registro Civil Consular, que llevó a cabo la audiencia con la contrayente en Cuba, informó desfavorablemente la autorización del matrimonio, al deducirse que la interesada tenía intención de utilizar el matrimonio como vía para obtener visado a España. El Ministerio Fiscal se opuso también a lo solicitado por no constar acreditado el consentimiento matrimonial. La Juez Encargada dictó auto por el que denegaba la autorización para celebrar el matrimonio proyectado por los interesados, al considerar que existen datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

El promotor presentó recurso frente a dicho auto ante la DGRN, cuya interposición no pudo ser notificada a la contrayente dado que, habiendo informado al promotor de su cambio de domicilio, no ha aportado la nueva dirección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 13 (1.ª) y 19 (2.ª) de febrero, 5 (4.ª) y 9 (2.ª y 3.ª) de marzo, 2 (6.ª) y 22 (4.ª) de abril y 14 (1.ª) de mayo de 2002.

II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción

de 9 de enero de 1995, norma 3.^a), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos —especialmente en los matrimonios entre español y extranjero— en cuanto que por él puede, en ocasiones, descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1.º CC).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

V. En el caso actual, de un matrimonio entre un español y una cubana, uno y otra no se han visto nunca personalmente y pretenden casarse por poder; él está en prisión, aunque ella no sabe por qué causa; él se equivoca en cuanto a la edad de un hijo de ella, y no sabe sus ingresos, ni el nombre de la madre; dicen que se conocieron a través de un anuncio en unas revistas y no hay pruebas de relaciones epistolares o telefónicas entre ellos. Estos hechos han llevado al Cónsul de España, al Juez encargado y al Ministerio Fiscal, a deducir la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial. Su deducción no puede tildarse de ilógica o arbitraria, y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediatez, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

B) La autorización se concede porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Resolución de la DGRN de 31 de mayo de 2002 (2.^a).

HECHOS:

El 3 de septiembre de 2001, el promotor, español, de 30 años de edad y soltero, ante el Registro Civil de la localidad donde reside en España, solicitó la oportuna autorización para contraer, por poderes, matrimonio civil con la promotora, nicaragüense, de 21 años de edad, soltera y residente en Nicaragua.

De las correspondientes audiencias reservadas con cada uno de los interesados, resultó que ambos declararon que se conocieron y se relacionaron durante cinco o seis meses en España, donde ella estuvo residiendo de forma ilegal por un período de catorce meses, y, si bien sus respectivas declaraciones coinciden en otros puntos, discreparon en cuanto a la fecha en que se

conocieron. Por otra parte, se ven obligados a casarse por poderes ya que, debido a la anterior situación de estancia ilegal de la contrayente en España, no puede ésta obtener el pertinente visado para regresar.

El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado por considerar que no existe verdadero consentimiento matrimonial, sino que lo que la promotora pretende es regularizar su situación para poder vivir en España.

La Juez Encargada dictó auto denegando la autorización de celebración del matrimonio al existir dudas sobre la prestación del consentimiento, llegándose a la conclusión de que la verdadera intención de la contrayente era obtener la nacionalidad española.

El promotor interpuso recurso frente a dicho auto ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 73, 74 y 1253 del Código Civil; 238 y 245, 246 y 247 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 4 (1.^a y 2.^a) y 22 (1.^a, 2.^a y 3.^a) de febrero, 9 (1.^a) de marzo, 6 (3.^a) y 16 (1.^a y 2.^a) de abril y 9 (1.^a) de mayo de 2002.

II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, existe un trámite esencial e imprescindible (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 3.^a), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el Instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. art. 246 RRC).

III. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos —especialmente en los matrimonios entre español y extranjero— en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-1.º CC).

IV. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 1253 CC).

V. En el caso actual de un matrimonio por poder entre un español y una nicaragüense, los hechos comprobados por medio de ese trámite de audiencia a los contrayentes no son lo suficientemente clarificadores para

deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Ambos coinciden en que se conocieron personalmente en España, en noviembre o diciembre de 2000, y que mantuvieron relaciones personales hasta que ella volvió a Nicaragua en mayo de 2001. Además, uno y otro tienen un conocimiento mutuo suficiente de sus respectivas circunstancias personales y familiares.

VI. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario, en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General **acordó** estimar el recurso, revocar el auto apelado y declarar que no hay obstáculos para que el Juez Encargado apruebe la autorización del matrimonio.

3.2 Inscripción de matrimonio civil de español celebrado en el extranjero.

- A) Se ordena su inscripción.—Certificado de capacidad matrimonial expedido en España para el español aquí residente: el Encargado del Registro Consular ha de limitar su calificación a los aspectos formales, pero no a enjuiciar el fondo del asunto y aducir una eventual simulación.**

Resolución de la DGRN de 1 de febrero de 2002 (1.ª).

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en R. (Marruecos), el promotor, español, viudo, nacido en 1949, solicitó la inscripción de su matrimonio con nacional marroquí, soltera, nacida en 1974. El matrimonio se celebró el 6 de agosto de 2001 en Marruecos, conforme a la *lex loci*, y el promotor aportó el auto, expedido por el Registro Civil de su domicilio en España, acordando la expedición del certificado de capacidad matrimonial a su favor.

De la audiencia practicada a la contrayente se desprende que la relación entre los interesados ha sido por teléfono, mediante un intérprete, pues no hablan el mismo idioma.

El Encargado del Registro Civil Consular acordó denegar la inscripción de matrimonio solicitada, por entender que, de la audiencia reservada practicada a la contrayente, se aprecia que mediante el enlace se pretende prove-

char de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la entrada o regularizar su situación en España, por lo que el matrimonio ha de ser considerado nulo según establecen los artículos 45 y 73-1 del Código Civil, por falta de verdadero consentimiento matrimonial.

El promotor presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 45, 49, 65, 73 y 74 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 85, 252 y 256 del Reglamento del Registro Civil; el Convenio núm. 20 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, firmado en Múnich el 5 de septiembre de 1980 (BOE de 16 de mayo de 1998); la Orden ministerial de 26 de mayo de 1998; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 29 (2.^a) de mayo de 1999, 17 (2.^a) de septiembre, 26 (2.^a) de octubre y 5 (4.^a) de noviembre de 2001.

II. En el caso actual, el matrimonio de un español residente en España y de una marroquí se ha celebrado en Marruecos, de acuerdo con la forma establecida por la *lex loci*, tras la expedición por el Encargado del Registro Civil del domicilio en España del contrayente del oportuno certificado de capacidad matrimonial exigido por la ley marroquí para el matrimonio de extranjeros en su territorio (cfr. art. 252 RRC).

III. La expedición de este certificado requiere –como así ha sucedido– la tramitación en el Registro Civil del domicilio del expediente previo a la celebración del matrimonio. Por esto, cuando este expediente termina con auto favorable, y éste ha adquirido firmeza, ello indica que el Encargado instructor ha juzgado que ambos contrayentes tenían capacidad para contraer matrimonio entre sí y que no existía ningún obstáculo de fondo para la celebración del enlace. Consiguientemente, en el momento de la inscripción del matrimonio, subsiguiente a la expedición de ese certificado, el Encargado del Registro Civil que haya de practicar la inscripción, sólo puede calificar los aspectos formales de la certificación extranjera –y, entre ellos, que no hayan transcurrido más de seis meses entre la expedición del certificado y la celebración del matrimonio (cfr. art. 252 RRC)–, pero no puede entrar a enjuiciar la concurrencia de los requisitos de fondo para la validez del enlace, pues su existencia ha sido juzgada favorablemente por el Encargado del Registro Civil español, que ha instruido el expediente y procedido a la entrega del certificado de capacidad matrimonial.

IV. Esta consecuencia lógica tiene su respaldo legal en el artículo 65 del Código Civil, que excluye de la calificación del Encargado los casos en que el matrimonio se celebra tras la tramitación del expediente correspondiente, y en el artículo 256 del Reglamento del Registro Civil, el cual, al tratar de la inscripción de matrimonio por medio de la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración, se cuida de dejar a salvo, entre otros supuestos, la hipótesis prevista en el artículo 252 del mismo Reglamento.

V. Obviamente, la conclusión apuntada no impide que el Ministerio Fiscal pueda demandar judicialmente la nulidad de este matrimonio, si aprecia que no ha habido verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 73-1 y 74 CC).

La Dirección General **acordó** estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar que se inscriba el matrimonio.

B) Se deniega la inscripción de matrimonio solicitada porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2002 (1.ª).

HECHOS:

Ante el Consulado General de España en L.H. (Cuba), el 23 de abril de 2001, la promotora, cubana y residente en Cuba, de 30 años de edad, divorciada, solicitó la inscripción de su matrimonio con nacional español y residente en España, de 31 años de edad. El matrimonio se celebró por poderes en Cuba, el día 26 de marzo de 2001, conforme a la *lex loci*.

Del trámite de audiencia personal y reservada a los promotores, resultó que no se conocían personalmente, sino sólo por teléfono, y que cada uno de ellos ignoraba las circunstancias personales, familiares y profesionales del otro.

El Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se opuso a la inscripción del matrimonio, al considerar que parecía tratarse de un matrimonio de complacencia con la clara intención de la esposa de inscribir el matrimonio como medio para abandonar el país. El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto denegando la inscripción solicitada por no existir consentimiento matrimonial por parte de los contrayentes, incurriendo en un supuesto de «matrimonio de complacencia».

Los promotores presentaron recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 4 (4.ª), 11 (1.ª y 2.ª) y 23 (1.ª) de enero, 1 (3.ª), 8, 19 (3.ª y 5.ª) y 22 (4.ª) de febrero, 5 (1.ª), 18 (2.ª y 3.ª) y 23 (2.ª y 3.ª) de marzo, 2 (2.ª, 3.ª y 5.ª), 6 (5.ª y 6.ª), 12 (1.ª y 2.ª), y 25 (2.ª) de abril, y 3 (1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª y 7.ª) y 16 de mayo de 2002.

II. El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73-11.º CC). Para evitar, en la medida de lo posible, la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, la DGRN dictó, en su momento, la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España, o regula-

ricen su estancia en ella, por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

III. La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que, en el expediente previo a la celebración del matrimonio civil, tiene el trámite de audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56-1.º CC; 245 y 247 RRC), entre ellos la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se intenta inscribir, en un Registro Consular o en el Central, un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales, sin excepción alguna, para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 CC), y esta comprobación, si el matrimonio consta por «certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración» (art. 256-3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y «de las declaraciones complementarias oportunas», se llegue a la convicción de que no hay dudas «de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española». Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un registro extranjero, establecen los artículos 23-2.º de la Ley y 85 de su Reglamento.

IV. Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de la DRGN, a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir, según las reglas del criterio humano (cfr. art. 1253 CC), que el matrimonio es nulo por simulación.

V. En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 26 de marzo de 2001, entre un español y una cubana, y en él hay los siguientes hechos objetivos comprobados: se casaron por poder, sin conocerse antes personalmente, y ella desconoce las circunstancias personales y familiares de él, así como el nombre de sus padres.

VI. De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su intermediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

C) Se ordena la inscripción de matrimonio porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Resolución de la DGRN de 4 de septiembre de 2002 (1.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil de la localidad donde reside, el 18 de septiembre de 2001, el promotor, español, de 36 años de edad, soltero, solicitó la inscripción de su matrimonio con nacional dominicana y residente en la República Dominicana, de 27 años de edad, soltera. El matrimonio se había celebrado el día 11 de agosto de 2001 en el país de la contrayente, conforme a la *lex loci*.

Según quedó acreditado, los interesados habían mantenido relaciones telefónicas con anterioridad al matrimonio, y él venía sosteniendo económicamente a la esposa. Efectuado el trámite de audiencia personal y reservada a la promotora, el Encargado del Registro Civil Consular informó desfavorablemente la inscripción del matrimonio, al no quedar claro que éste no fuera otro caso de matrimonio blanco, ya que se conocieron por fotos y ella ignoraba el domicilio actual del esposo en España. El Ministerio Fiscal no se opuso a la petición formulada.

El Juez Encargado del Registro Civil Central dictó auto denegando la inscripción de matrimonio solicitada por falta de verdadero consentimiento matrimonial, habiendo manifestado la esposa que se conocieron por fotos y decidieron contraer matrimonio antes de conocerse, desconociendo datos de él como su domicilio actual, por lo que cabría deducir que se estaba ante un negocio jurídico simulado con fines migratorios.

El promotor presentó recurso frente a dicho acuerdo ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 12 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950, sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; 23 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos; la Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución; 3, 6, 7, 44, 45, 49, 56, 65, 73 y 1253 del Código Civil; 23 y 73 de la Ley del Registro Civil; 54, 85, 245, 246, 247, 256, 257 y 354 del Reglamento del Registro Civil; la Instrucción de 9 de enero de 1995; y las Resoluciones de 4 (3.ª), 23 (2.ª) y 26 (1.ª) de enero, 5 (2.ª) y 23 (1.ª) de marzo, 2 (1.ª), 6 (1.ª y 2.ª) y 30 de abril, y 3 (5.ª) y 9 (4.ª) de mayo de 2002.

II. No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por la autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256-3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia, en

los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

III. Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

IV. En el caso actual, los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficiente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. La entrevista efectuada al contrayente español ha sido puramente formularia, y la circunstancia de no saber la dominicana el domicilio actual de su esposo no es modo alguno determinante para denegar la inscripción del matrimonio, máxime cuando ha quedado demostrado en las actuaciones la comunicación telefónica entre ambos y el sostenimiento económico de la esposa.

V. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el «*ius nubendi*», como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicia de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.ª de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario, en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

La Dirección General **acordó** estimar el recurso, revocar la calificación recurrida y ordenar que se practique la inscripción de matrimonio solicitada.

- D) Se ordena la inscripción de matrimonio civil contraído cuando los dos contrayentes eran extranjeros, habiendo uno de ellos adquirido después la nacionalidad española, porque no hay puntos de conexión que justifiquen la aplicación de las leyes españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial.**

Resolución de la DGRN de 11 de septiembre de 2002 (4.ª).

HECHOS:

Ante el Registro Civil Central, el 17 de septiembre de 2001, doña M. L. N., dominicana de origen, que había adquirido la nacionalidad española por residencia el 22 de noviembre de 2000, solicitó la inscripción de su matrimonio con nacional dominicano y residente en la República Dominicana. El matri-

monio entre ambos se celebró, con fecha 31 de enero de 2000, en la República dominicana, conforme a la *lex loci*.

En el curso del trámite de audiencia personal y reservada a los promotores, quedaron de manifiesto diversas contradicciones entre las declaraciones de sendos contrayentes. Así, la esposa afirmó que desconocía la edad de su esposo, y que éste tenía cinco hijos, mientras él sostiene tener tres; por su parte, el interesado afirmó que ella, antes de casarse con él, era viuda, siendo así que estaba divorciada, e ignoraba cuándo adquirió la esposa la nacionalidad española; además, hubo discordancia en cuanto a la fecha en que se conocieron.

El Encargado del Registro Civil Central dictó acuerdo denegando la inscripción solicitada porque, dadas las declaraciones formuladas por los promotores, cabría deducir que el matrimonio era nulo por simulación.

La promotora presentó recurso frente a dicho auto ante la DGNR.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9 del Código Civil; 23 y 27 de la Ley del Registro Civil; 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil; y las Resoluciones de 26 (1.ª) de noviembre de 2001 y 24 (1.ª) de mayo, y 29 (3.ª) de junio de 2002.

II. El matrimonio anterior subsistente, celebrado en el extranjero, de quien ha adquirido después la nacionalidad española, debe inscribirse en el Registro Civil español competente, siendo la vía normal para obtener la inscripción el certificado expedido por autoridad o funcionario del país de celebración (cfr. art. 256-3.º RRC).

III. Como en este caso los dos contrayentes eran dominicanos cuando se celebró el matrimonio, pues ella no adquirió la nacionalidad española hasta meses más tarde, su capacidad para contraer matrimonio se rige por su ley nacional (cfr. art. 9-1.º CC) y, no habiendo dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley dominicana, la certificación de este país ha de inscribirse, siendo improcedente que se intenten aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial, ya que no hay puntos de conexión que justifiquen tal aplicación.

La Dirección General **acordó** estimar el recurso, revocar el auto apelado y ordenar la inscripción de matrimonio solicitada.

3.3 Inscripción de separación judicial del matrimonio.

- Es de aplicación el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, por tratarse de una separación efectuada en Italia con fecha 30 de abril de 2001.
- La separación no es inscribible porque no se acompaña copia de la decisión judicial ni el certificado según el formulario aprobado por ese Reglamento.

Resolución de la DGRN de 28 de noviembre de 2002 (3.ª).

HECHOS:

Con fecha 31 de julio de 2002, ante el Registro Civil de M., doña S. G. D., española, solicitaba la inscripción, al margen de la de matrimonio, de la sepa-

ración matrimonial consensuada con su esposo, don R. B., acompañando testimonio de la solicitud de separación presentada por los cónyuges ante un Tribunal italiano.

Según quedó acreditado, en el documento extranjero aportado (traducido por Notario español, según exige el art. 86 RRC) no constaba la apostilla de La Haya expedida por la autoridad competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 88 RRC. Por otra parte, dicho documento sólo ponía de manifiesto el pacto de los cónyuges en cuanto a solicitar la separación matrimonial y el establecimiento, también de mutuo acuerdo, de una serie de condiciones equiparables al convenio regulador a que se refieren los artículos 81-1.º, 90 y 103 del Código Civil. El repetido documento fue presentando por los cónyuges ante el Tribunal de M. (Italia), el 30 de abril de 2001, solicitando se procediera a su homologación judicial por el referido Tribunal, homologación que no constaba se hubiera realizado.

La Encargada del Registro Civil, mediante providencia, estimó que no procedía practicar la inscripción marginal interesada al no constar la existencia de resolución judicial extranjera que se pronunciara sobre la separación del matrimonio que obra inscrito en dicho Registro Civil. Notificada la promotora, ésta interpuso recurso ante la DGRN, aportando nuevo ejemplar del documento en el que ya constaba la preceptiva apostilla de La Haya. El Ministerio Fiscal instó la confirmación de la resolución recurrida, por cuanto el documento aportado no reunía los requisitos legales exigidos por el Reglamento 1347/2000, del Consejo de la Unión Europea, para su reconocimiento en España.

La promotora presentó recurso frente a dicha decisión ante la DGRN.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

I. Vistos los artículos 9, 46, 73 y 107 del Código Civil; 23 de la Ley del Registro Civil; 85 y 266 del Reglamento del Registro Civil; 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; la disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000; artículos 32, 33, 42 y disposiciones transitorias del Reglamento de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, relativo a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial; y las Resoluciones de 19 (3.ª) de abril, 14 (4.ª) de mayo, 5 (2.ª) y 31 (8.ª) de octubre de 2001, y 1 (2.ª) y 19 (1.ª) de febrero y 4 de mayo de 2002.

II. Se ha pretendido en estas actuaciones la práctica de una inscripción marginal de separación de un matrimonio en base a un documento, traducido al español, en el que se refleja la comparecencia de ambos cónyuges, en fecha 30 de abril de 2001, en la que vienen a solicitar la «separación consensuada» del matrimonio sobre la base de ciertas disposiciones relativas al patrimonio e hijos comunes, concluyendo en una solicitud al citado Tribunal para que «homologue el presente convenio de separación consensual». La inscripción solicitada es denegada por la Encargada del Registro Civil español competente, por no constar la existencia de resolución judicial extranjera que se pronuncie sobre la separación del matrimonio inscrito, considerando que el documento aportado tan sólo acredita la presentación de una solicitud de separación de mutuo acuerdo. Recurre la esposa, de nacionalidad española, alegando que con arreglo al Derecho italiano, en los procedimientos de separación consensual, la fecha de la comparecencia de mutuo acuerdo coincide

con la de la resolución judicial, pretendiendo que el documento aportado contiene en sí mismo esta última.

III. La pretensión formulada no puede ser acogida favorablemente. Las inscripciones marginales relativas a la separación del matrimonio pueden practicarse, en su caso, mediante la correspondiente sentencia extranjera de separación, siempre que previamente se haya obtenido su reconocimiento en España, conforme a lo dispuesto en las leyes procesales, a través del correspondiente *exequátur* ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, momento a partir del cual la sentencia produce efectos en el Ordenamiento español (cfr. arts. 76 LRC, 265-2.º RRC, 107-2.º CC, y disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000).

IV. Es cierto que el Reglamento del Consejo de la Unión Europea citado en los vistos, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, prevé la supresión del citado trámite del *exequátur*, en el ámbito de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, al disponer que «las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha, serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del Capítulo III...» (cfr. art. 42-2.º del Reglamento). Sin embargo, en el presente caso, sobre no haberse aportado la sentencia judicial firme de la separación, sino un documento relativo a un trámite del procedimiento, acreditativo de la existencia de un acuerdo entre los cónyuges sobre ciertos efectos personales y patrimoniales de la separación previo a la homologación judicial definitiva del mismo, como se deriva con toda evidencia del propio documento acompañado, que termina con la solicitud al Tribunal de dicha homologación, no concurren tampoco los requisitos formales exigidos por el citado Reglamento comunitario, el cual impone, para que las resoluciones extranjeras en materia de separación sean reconocidas en otros Estados, que debe presentarse en el Registro Civil correspondiente una copia de dicha resolución y un certificado expedido por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución, en los términos fijados en el formulario que figura como anexo del Reglamento comunitario (cfr. arts. 32 y 33 Reglamento CE), certificado que en este caso no se ha aportado.

La Dirección General **acordó** desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Aproximación a la buena fe exigible a un acreedor. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2002)¹

CARMEN JEREZ DELGADO
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. El *por qué* de este trabajo.–II. Los hechos y el proceso.–III. El conflicto de intereses entre los acreedores de un mismo deudor.–IV. El acreedor que cobra queda amparado por su derecho: alcance de esta protección.–V. Aproximación a la buena fe exigible al acreedor.–VI. Vías de impugnación en conflictos entre acreedores por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles: 1. *La nulidad por ilicitud de la causa*.–2. *La retroacción de la quiebra y/o las acciones de reintegración*.

I. EL *POR QUÉ* DE ESTE TRABAJO

El acreedor, cuando cobra o cuando exige el cumplimiento de una obligación vencida y exigible, actúa conforme a un interés legítimo y queda amparado por su derecho. Sin embargo, cuando el cobro o la constitución de una garantía tiene lugar en una situación de insolvencia del deudor aún no declarada, es evidente que puede lesionar los intereses de los restantes acreedores, que ven desaparecer con ello la garantía o parte de la garantía patrimonial con que contaban para satisfacer sus créditos. El supuesto de hecho de la sentencia objeto de este comentario, por las circunstancias que rodean a la constitución de la hipoteca origen del pleito, nos brinda una oportunidad de oro para analizar el alcance de la protección jurídica que nuestro Ordenamiento reconoce al acreedor en este tipo de conflictos.

¹ RJ 2002/9684.

II. LOS HECHOS Y EL PROCESO

[1] Los hermanos de don Ignacio M. otorgaron sendos créditos a una sociedad de la que éste era socio y administrador, pactándose en el contrato de préstamo que don Ignacio M. respondería personalmente, como garante solidario, de la restitución de las cantidades prestadas a la sociedad, con el interés pactado. Por otro lado, se acordó que el préstamo se transformaría en una suscripción de acciones, en el caso de que se produjera una ampliación de capital en la sociedad en el plazo de seis meses. Si el acuerdo de ampliación de capital no tuviera lugar, Don Ignacio *se obligaba a avalar o a garantizar realmente el cumplimiento de esa obligación personal*. Puesto que no se realizó la ampliación de capital prevista ni se devolvió el préstamo, se exigió a don Ignacio M. el cumplimiento del contrato, quien constituyó una hipoteca a favor de sus hermanos, acreedores de la sociedad, conforme a la obligación pactada.

Más que como el cumplimiento exacto de una obligación, la hipoteca pudiera justificarse como un modo aleatorio, no expresamente pactado, por el que se concretó *a posteriori* el cumplimiento de la obligación asumida por don Ignacio M. de *garantizar realmente* la devolución del préstamo del que es fiador solidario.

Un dato relevante al que prestaremos atención, pues a propósito del mismo se realiza este estudio, es el siguiente: Al tiempo de constituirse la hipoteca, sobre el patrimonio de don Ignacio M. pendían ya varios *procesos ejecutivos y reclamación de créditos, y se habían dictado diferentes sentencias condenatorias*. Poco después se declaró el concurso de acreedores.

[2] Uno de los acreedores personales de don Ignacio M., demandó la declaración de nulidad de la hipoteca citada, por inexistencia de la misma. La hipoteca se había constituido entre el deudor y sus hermanos —que son codemandados—, con perjuicio del acreedor demandante. Subsidiariamente, se solicitó la rescisión de la hipoteca por haberse constituido en fraude de acreedores. A la demanda se sumaría después —ya ante la Audiencia— la Sindicatura del concurso de acreedores del deudor demandado.

La primera de las pretensiones, la declaración de nulidad, es la que —al parecer— se persiguió realmente con la demanda, pues —aún habiendo dictado la Audiencia Provincial de Oviedo sentencia estimatoria de la rescisión— se presentó recurso en casación (paralelo a otro interpuesto por la parte demandada) insistiendo en la solicitud de que se declarase la nulidad de la hipoteca (nulidad que había sido apreciada en primera instancia por el Juez, que entendió que era inexistente la obligación garantizada). La finalidad de la parte demandante era, por lo tanto, la de persuadir de que faltaba una verdadera voluntad por parte de los hermanos codemandados de constituir una hipoteca, y que ésta era inexistente.

Los demandados, por su parte, presentaron pruebas en juicio sobre la validez de la hipoteca. En particular, un contrato privado de préstamo por el que los hermanos codemandados entregaban dinero a la sociedad de la que el hermano deudor, don Ignacio M., era socio y administrador. Fueron admitidas como prueba de la entrega de las cantidades declaradas, las correspon-

dientes declaraciones del Impuesto de Patrimonio. El contrato privado incluía, en efecto, un pacto por el que el préstamo quedaba afianzado personalmente por el hermano deudor, que se comprometía como garante solidario de la sociedad a la devolución del préstamo con los intereses pactados. Los codemandados presentaron también pruebas de que la ampliación de capital prevista no había tenido lugar (certificación registral relativa a la sociedad), y alegaron que, al no transformarse el préstamo en negocio de adquisición de acciones –como estaba previsto–, se constituyó a su favor la hipoteca sobre bienes del hermano fiador.

[3] En cada uno de los pronunciamientos judiciales seguidos como consecuencia de la demanda, se abordó de diverso modo la solución del caso: En primera instancia se declaró nula la hipoteca por inexistencia de la obligación garantizada. La Audiencia, sin embargo, estimó probada la obligación garantizada y, por consiguiente, la existencia de la hipoteca, si bien declaró la rescisión de la misma por fraude de acreedores. Por último, el Tribunal Supremo dictó sentencia casando la anterior y, desestimando íntegramente la demanda, absolvió a los demandados. Fue ponente el Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.

III. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS ACREEDORES DE UN MISMO DEUDOR

[4] Al descartarse la nulidad o inexistencia de la hipoteca, por estimarse probada la obligación que el deudor contrajo previamente con sus hermanos, de afianzar como garante solidario la deuda social contraída con ellos, la cuestión se desplaza hacia la rescisión de la hipoteca por fraude de acreedores.

Dado que se considera válido y eficaz el contrato de préstamo y el aval pactado, el conflicto de intereses tiene lugar entre sujetos que son, de hecho, acreedores de un mismo deudor. Por esta razón, lo que hemos de preguntarnos es si –en tales circunstancias– está legitimado el acreedor demandante para exigir protección frente a los acreedores codemandados beneficiados por la hipoteca; o si es admisible que los acreedores codemandados –hermanos del deudor, que lógicamente pudieron contar con mayor información acerca de su situación de insolvencia– invoquen aquí una legitimación derivada del principio de protección al acreedor diligente; o bien, si está legitimado el deudor para favorecer, a su libre arbitrio, a alguno de sus acreedores, cuando su situación es ya –en la práctica– de insolvencia. Esto es, ¿puede el deudor insolvente lesionar el crédito de los restantes acreedores, pagando o garantizando el pago de uno de ellos? ¿O debería solicitar la declaración de concurso a fin de garantizar la *par condicio creditorum*?

En definitiva, habrá que discernir si puede ser fraudulenta o ilícita en algún caso la constitución de garantía por el deudor cuando beneficia a un acreedor con perjuicio para otro u otros. En primer lugar, se hace preciso responder a esta cuestión: ¿En qué medida puede hablarse de participación en el fraude –*consilium fraudis*– cuando el tercero beneficiado por el acto lesivo es un verdadero acreedor, por cuenta de una deuda vencida y exigible?

[5] El Tribunal Supremo no apreció el fraude en este caso, precisamente por considerar probada la validez y eficacia del contrato anterior, del que nace la obligación del deudor codemandado de garantizar el préstamo de sus hermanos como fiador solidario de la sociedad. Conforme a la prueba practicada, el fallo de la sentencia es correcto y adecuado al caso. El Tribunal Supremo corrige la doctrina de la sentencia de la Audiencia. Como explicaré a continuación, en los casos de pagos y de constitución de garantías realizados en situación de insolvencia o próxima a la insolvencia, normalmente es contradictorio afirmar al mismo tiempo la validez de la obligación vencida y exigible, y la existencia de fraude en el cumplimiento de la misma.

Ahora bien, la constitución de hipoteca en el caso que contemplamos provoca la cuestión de los límites al principio conforme al cual el acreedor por cuenta de deuda vencida y exigible, que cobra o exige conforme a la garantía comprometida, queda amparado por su derecho. Las circunstancias concretas que rodean la constitución de la hipoteca en el caso que estamos considerando, dan pie para hacer una aproximación a la buena fe exigible al acreedor.

IV. EL ACREEDOR QUE COBRA QUEDA AMPARADO POR SU DERECHO: ALCANCE DE ESTA PROTECCIÓN

[6] En los casos de impugnación por fraude que, como el que consideramos ahora, se caracterizan porque el conflicto de intereses se produce entre los propios acreedores del deudor acusado de fraude², encontramos en el Código civil una norma que discrimina entre aquellos acreedores que lo son por cuenta de obligaciones vencidas y exigibles, de aquellos que no hubieran

² Las reglas de la impugnación por fraude de acreedores que se extraen de nuestro Ordenamiento pueden ordenarse en función de los sujetos que componen el conflicto de intereses (prescindiendo del deudor, siempre presente, que no representa un interés prioritario para resolver el conflicto). Se distingue, así, entre los siguientes supuestos de hecho:

a) *Conflictos entre un acreedor y un tercero que participa en el acto fraudulento.* En estos casos, son preceptos aplicables para resolver sobre el fraude, además de los generales (arts. 1291.3.º, 1294, 1298 y 1299 CC), los artículos 1297 y –tratándose de donaciones– 643 CC.

b) *Conflictos entre acreedores.* Si el conflicto tiene lugar entre los propios acreedores del deudor insolvente, es de aplicación el artículo 1292 CC. A mi juicio, en este artículo se encuentran los criterios aplicables, no sólo a los pagos hechos en estado de insolvencia, sino también a la constitución de garantías porque, en todo caso, se trata de resolver los conflictos entre los propios acreedores del deudor insolvente. Esta equiparación no es ajena a nuestra tradición jurídica: El artículo 40.4.º de la primera Ley hipotecaria española (1861) declaraba impugnables por fraude de acreedores *las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ella las condiciones de la obligación principal.* Al comentar la norma, GÓMEZ DE LA SERNA (*La Ley hipotecaria, comentada y concordada...*, 1862, Madrid) explicaba que su origen se remonta a los principios propios del Derecho romano relativos al pago. También en el Derecho comparado encontramos modelos en este sentido: por ejemplo, en el artículo 3:46.1.2.º del Código civil holandés, se presumen fraudulentos los pagos de obligaciones no vencidas o no exigibles, así como la constitución de garantías a favor de estas mismas obligaciones.

c) *Conflictos entre un acreedor y un tercero que no participa en el acto fraudulento, pero sale beneficiado por él.* Es de aplicación el artículo 6.2 CC si se trata de actos de renuncia a derechos (por ejemplo, la renuncia que extingue el usufructo –artículo 513.4.º CC–, con el consiguiente beneficio para el nudo propietario).

podido compeler al deudor al pago al tiempo de hacerlo. La norma está contenida en el artículo 1292 CC, que dispone lo siguiente: «*Son también rescindibles los pagos* (es decir, además de los contratos celebrados en fraude de acreedores, art. 1291.3.º CC) *hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos*».

Esta norma permite deslindar dos tipos de supuestos. Conforme a ella, son fraudulentos y rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones no vencidas o no exigibles³, mientras que —a contrario— si la deuda está vencida y es exigible, el acreedor cobra legítimamente y queda amparado por su derecho, por lo que estos pagos no son objeto de la rescisión ordinaria (es decir, no son rescindibles fuera de los procedimientos de insolvencia declarada)⁴. En esta interpretación de la norma late el principio de protección al acreedor diligente, lo que es conforme con la mente del Legislador, si nos remontamos a su origen:

García Goyena, al comentar el precedente del actual artículo 1292 CC (artículo 1180 del Proyecto de Código civil de 1851), se expresa con gran claridad al respecto: «*De nuestro artículo se deduce necesariamente que el pago de deudas exigibles es válido, aunque se haga en estado de insolvencia y no lo ignore el acreedor, porque jus civile vigilantibus scriptum est, —(...), hace aquí una remisión al Digesto— y en los pagos para nada se tiene en cuenta que el acreedor ignore o sepa el estado de insolvencia, pues no recibe sino lo suyo*»⁵. No parece admisible tratar mejor al acreedor que desconoce la situación de su deudor que al que la conoce.

[7] Como consecuencia es posible afirmar que, conforme al Derecho español, el acreedor que cobra queda amparado por su derecho y el pago no es objeto de rescisión ordinaria por fraude siempre que se trate del cumplimiento de una obligación vencida y exigible⁶. Pero es sabido que el Derecho

³ La doctrina se muestra partidaria de afirmar que se trata de supuestos objetivos de fraude, cuya impugnación no requiere la prueba del elemento subjetivo o *consilium fraudis*. En este sentido, y en contra de lo que dijera SCAEVOLA (*Código civil*, XX, 1904, pp. 919-920), se pronuncian actualmente nuestros autores: Por ejemplo, Díez-PICAZO (*El pago anticipado*, Revista de Derecho Mercantil, 1959, en Estudios de Derecho Privado/1980, p. 206); o MORENO QUESADA (*Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 528).

⁴ Es interesante advertir, que por ejemplo, en Italia, donde el tratamiento del fraude de acreedores se enraíza, como el nuestro, en el Derecho romano, se declara expresamente que el cumplimiento de obligaciones vencidas no está sujeto a la revocatoria ordinaria o acción pauliana (art. 2901.III del *Codice civile*).

⁵ GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, 1852, Zaragoza, 1974, I, p. 627.

⁶ Para paliar esta aparente falta de medios del acreedor no favorecido por el deudor, el Ordenamiento ha dispuesto una serie de medidas que desembocan en los procedimientos concursales, es decir, en el ámbito propio de la *par condicio creditorum*, cuando este principio alcance a aplicarse (créditos ordinarios sin ningún tipo de privilegio o preferencia), y —en todo caso— el ámbito en el que se va a respetar mejor el valor contratado de cada crédito. Estas medidas son las siguientes: 1.º De un lado, se ha impuesto al insolvente la obligación de presentarse en estado de concurso o quiebra (arts. 1913 CC y 889.2.º CCo; también en el Proyecto de Ley Concursal (121/000101, BOCG, VII Legislatura, serie A, de 23 de julio de 2002), se mantiene el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso cuando conoz-

no protege la mala fe y que, por consiguiente, a este acreedor le es exigible ser de buena fe; una buena fe que requiere una cuidadosa definición.

V. APROXIMACIÓN A LA BUENA FE EXIGIBLE AL ACREEDOR

[8] La buena fe exigible al acreedor ha de ser definida conforme a los principios generales que son de aplicación en los conflictos entre acreedores de un mismo deudor. A saber, que el acreedor que cobra o es favorecido con una garantía, en cumplimiento de una obligación vencida y exigible, queda amparado por su derecho, porque fuera de las situaciones de insolvencia declarada juega el principio de protección al acreedor diligente. El otro de los grandes principios aplicables a los conflictos entre acreedores, el principio de la *par condicio creditorum*, queda relegado al ámbito de los procedimientos de declaración de insolvencia, e incluso en este ámbito resulta algo controvertido⁷.

ca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; 2.º) Además, iniciados estos procedimientos, queda prohibido todo pacto o trato preferente del deudor a favor de uno o varios de los acreedores *con posposición del resto*, que será objeto de sanción penal (art. 259 CP); 3.º) Es cierto que los acreedores perjudicados fuera del concurso pueden impugnar los pagos anticipados (art. 1292 CC), pero el acreedor que cobró puede entonces invocar el vencimiento anticipado de su crédito (art. 1129.1.º CC) y solicitar el concurso o la quiebra. Con todo, el buen funcionamiento del sistema queda, en parte, al arbitrio del deudor. Si éste no colabora, si no cumple con la obligación que tiene —en principio— de presentarse en concurso o quiebra, entonces el acreedor que desconoce esa situación de insolvencia, puede ver lesionado su crédito por el pago que su deudor haga de alguna de sus deudas pendientes.

⁷ El principio de la *par condicio creditorum* queda relegado al ámbito de la insolvencia declarada. Es significativo que, por ejemplo, se proteja al acreedor diligente en los procedimientos de liquidación de la herencia aceptada a beneficio de inventario, tratándose de acreedores comunes; mientras que se adoptan cautelas si se trata de créditos preferentes (art. 1028 CC). El ámbito propio del principio de la *par condicio creditorum* es el de los procedimientos de concurso, quiebra y suspensión de pagos, y siempre que se trate de acreedores comunes, no privilegiados ni preferentes (art. 1929.2.º CC, y arts. 916 y 899.II CCo). Véase, por ejemplo, GARRIGUES (*Curso de Derecho mercantil*, II, 1983, p. 445); o SOTILLO (*El principio pauliano en la retroacción*, Revista General de Derecho, 1964, pp. 551-557 y 734-740). Sin embargo, incluso en el ámbito de los procedimientos de insolvencia declarada se ha tratado de subrayar que el principio de la *par condicio creditorum* no se impone tan eficazmente como parece (véase BERMEJO GUTIÉRREZ: *Créditos y quiebra*, Civitas, 2002): Se argumenta, en este sentido, que en tales circunstancias, cada crédito tiene un valor relativo distinto, determinado en función de los valores previamente contratados, de modo que no todos los créditos padecen la misma devaluación en las situaciones de escasez. La autora explica de modo convincente que el grado de seguridad de los créditos está en función del diseño contractual que llevan a cabo las partes haciendo uso de los instrumentos que, a tal fin, les brinda, por un lado, el mercado y, por otro, el derecho privado, en su calidad de instrumento facilitador de los procesos de intercambio (p. 26). Por ejemplo, un crédito puede contratarse con alta rentabilidad pero altos riesgos, pactando unos intereses elevados, o bien puede contratarse con bajos riesgos pero baja rentabilidad, pactando una garantía hipotecaria (véase pp. 51, 111-113). El acreedor, al tiempo de contratar, pacta el valor del crédito en función de su interés, por lo que —a juicio de la autora— *el concurso ya no puede fundarse en apriorismos tales como la comunidad de pérdidas y el tratamiento paritario de los acreedores. Éstos son criterios que contemplan la insolvencia como un riesgo imprevisible para tales sujetos, como una catástrofe, que les incapacita para asegurar sus créditos. (...). Sin embargo, lo cierto es que los acreedores no sólo pueden anticipar el riesgo de insolvencia de sus deudores, sino que también pueden realizar un cálculo que maximice sus expectativas de satisfacción y plasmarlo en el contrato* (p. 28). El concurso entonces deberá limitarse a reconocer el valor relativo de cada uno de ellos (de los créditos) en función del volumen de

En situaciones normales, el hecho de que un acreedor acepte o exija la constitución de una hipoteca en cumplimiento de una obligación previamente contraída por su deudor, vencida y exigible, no supone un ilícito ni será rescindible, por más que el acreedor tenga información o conozca la situación de insolvencia en que queda su deudor al constituir la hipoteca, o la lesión que se causa con ello a otros acreedores. Es legítimo que, fuera de los procedimientos de insolvencia, el acreedor mire por su interés individual y no se le puede exigir, conforme a la buena fe, que se abstenga de cobrar y que vele por el bien de otros acreedores. Partiendo de este punto, la cuestión es la siguiente: ¿Qué deberes le impone la buena fe al acreedor?

[9] Claramente, la buena fe impone al acreedor el deber de abstenerse de participar en un delito de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP), deber que se pone especialmente de manifiesto cuando el acreedor dispone de otros medios para satisfacer su crédito. Para construir esta hipótesis, nos ofrece una buena muestra el caso que dio lugar a la sentencia que comentamos. Si atendiéramos estrictamente a los hechos que se consideran probados llegaríamos tal vez a la solución que se dio en casación, pero nos permitiríamos aquí jugar con alguno de sus elementos, a fin de aproximarnos a la buena fe que le es exigible al acreedor, y –así– determinar los límites a la protección al acreedor diligente que cobra la deuda vencida y exigible. En este sentido, prestaremos especial atención a las intenciones que movieron al deudor y a los acreedores hipotecarios al tiempo de constituir la hipoteca.

Como veíamos, si quedó probada la existencia del préstamo y la validez de la obligación pactada del fiador solidario, es claro que no hay nulidad de la hipoteca por inexistencia de la obligación asegurada, y que tampoco puede rescindirse la hipoteca por fraude de acreedores porque el acreedor favorecido queda amparado por su derecho. Sólo atendiendo a otras concretas circunstancias que acompañan a esta constitución de hipoteca podemos dar con la ilicitud que permita declarar sin efectos la hipoteca.

«En el momento de constituirse la hipoteca ya se habían dictado diferentes sentencias condenatorias e iniciado procesos ejecutivos y reclamación de créditos contra D. Ignacio M. por otros acreedores y finalmente éste fue declarado (...) en estado de concurso de acreedores» (Del Fundamento de Derecho tercero de la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos; la fecha de declaración del concurso es posterior a la constitución de la hipoteca).

[10] La conducta del deudor que favorece a unos acreedores para perjudicar a otros, puede ser sancionada en el ámbito penal, en algún caso, pero siempre y cuando se pruebe la intención dolosa del deudor de lograr el estado

riesgo asumido (p. 490). (...). Desde esta óptica, el objetivo del concurso será maximizar el valor agregado de los mismos (p. 494). A la vista de estas nuevas perspectivas, podemos preguntarnos cuál es el camino seguido por el Proyecto de Ley Concursal (121/000101, BOCG, VII Legislatura, serie A, de 23 de julio de 2002): En la Exposición de Motivos, se lee que, entre los defectos de la vigente legislación, se encuentra el del predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente.

de insolvencia para causar el consiguiente perjuicio económico a alguno de sus acreedores⁸. Como en su anterior redacción⁹, también el Código Penal vigente sanciona el delito de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP)¹⁰. La doctrina y la jurisprudencia han encontrado reparos en incluir, como una modalidad de este delito, a la conducta de favorecimiento de acreedores¹¹. Este inconveniente cabe referirlo claramente a los pagos congruentes de deudas vencidas y exigibles, pues en tales casos no puede hablarse de ocultación de bienes, que es uno de los elementos constitutivos del tipo delictivo, y por tanto la conducta es atípica.

Pero el supuesto de constitución de hipoteca es –a estos efectos– en cierto modo distinto, ya que la doctrina considera que es uno de los modos más frecuentes de ocultación de bienes a través de medios jurídicos¹². Si, junto a

⁸ Por ejemplo, en el caso que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1963 se dictó sentencia condenatoria por delito de alzamiento de bienes en la modalidad de favorecimiento de acreedores.

⁹ En el anterior Código penal, artículo 519.

¹⁰ VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC (VV.AA.; *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 486) explican el tipo básico del delito de alzamiento de bienes, conforme a los elementos que viene exigiendo la jurisprudencia. Deben concurrir los siguientes: «a) existencia de una deuda anterior; b) actividad del deudor consistente en cualquier forma de ocultación de sus bienes; c) situación de insolvencia total o parcial como consecuencia de la ocultación; y, d) intención de perjudicar a los acreedores». BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (*Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1993), al distinguirlo de la estafa, explican que en el delito de alzamiento de bienes se presupone la existencia de una obligación válidamente constituida que es burlada por una posterior actividad fraudulenta del deudor, mientras que en la estafa prima el elemento del engaño que mueve a la víctima a realizar un acto de disposición patrimonial (p. 218). *El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes* –explican– lo constituye el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos. Este derecho es la contrapartida a la responsabilidad establecida en el artículo 1.911 del Código civil (...). (...) derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas. (...) Se protege así el derecho de crédito, si bien en su vertiente de derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor (p. 220). Y añaden más adelante: «El resultado de la acción de insolventarse no consiste en un perjuicio efectivo y material en el patrimonio de los acreedores, sino en la lesión del derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor como consecuencia de la situación de insolvencia en la que éste se situó fraudulentamente» (p. 228). Como se ve, el supuesto de hecho del caso origen del pleito que dio lugar a la sentencia que comentamos, se adapta a la descripción del tipo delictivo del alzamiento de bienes, pues reúne los elementos que deben concurrir conforme a la jurisprudencia y la doctrina. Con fecha reciente (14 febrero 2003), el *Diario de las Audiencias* da ocasión de confirmar la aplicación de la jurisprudencia antes indicada, a través de una sentencia de la Audiencia Provincial de Orense (Sala de lo Penal, de 31 de octubre de 2002), que vuelve a describir como elementos del delito de alzamiento de bienes los antes indicados.

¹¹ El supuesto de hecho suele ordenarse, en relación con el delito de alzamiento de bienes, dentro de la antijuricidad, ya que la conducta del deudor que paga a uno de sus acreedores queda amparada por su derecho, aunque lo haga consciente del perjuicio que causa a los restantes acreedores. Por ejemplo, VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC (VV.AA.; *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 492) explican que el favorecimiento de acreedores es una conducta atípica, porque ni oculta los bienes, ni puede decirse que se haya quedado con los mismos, ni siquiera que haya producido o aumentado su insolvencia». Ante esto cabe formular una objeción: No puede admitirse la afirmación como aplicable a todos los supuestos; será correcta como regla general, o será aplicable a los pagos, pero –como veremos a continuación– en algunos casos la constitución de hipoteca es considerada por la doctrina como ocultación, y –rodeada de determinadas circunstancias– puede dar lugar al supuesto de hecho delictivo, que no hay que descartar.

¹² Por ejemplo, GONZÁLEZ RUS (*Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, I, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, 1996, p. 730), al describir la conducta típica del artículo 257.1.1.º CP, explica que *lo característico del alzamiento es (...), la causa-*

la ocultación de bienes, concurren los otros elementos del tipo descritos¹³ (existencia de una deuda anterior, insolvencia del deudor como consecuencia del acto de ocultación, e intención dolosa del deudor de dañar a sus acreedores o a algún acreedor), entonces estamos ante la conducta típica del delito de alzamiento de bienes. A mi juicio, en algunas situaciones de favorecimiento de acreedores puede negarse que exista causa de justificación: La conducta puede ser sancionada en algún caso, pues de hecho encontramos un pequeño margen de flexibilidad –tanto en la doctrina como en la jurisprudencia– que se abre a esta posibilidad¹⁴.

ción de la insolvencia o la agravación de la misma mediante la ocultación de los bienes, impidiendo con ello que los acreedores puedan realizar sus créditos en el patrimonio del deudor. Cualquier medio que procura ese resultado es válido. Tanto los procedimientos de ocultación física (...) como los jurídicos (enajenaciones ficticias, trasposos de créditos, constitución de hipotecas sobre los mismos, donaciones (...), etc., que acaben en la insolvencia del sujeto pueden ser incluidos dentro del tipo del artículo 257.1.1.º. También cabe citar, en este sentido, a BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos, Ceura, 1993), que describen la conducta de alzarse como sustracción de los propios bienes a la acción de los acreedores, de modo que se hacen ineficaces los medios de ejercitar su derecho a la satisfacción. La S. 13 marzo 1882 ya precisó –indican– que «debe estimarse que se alza con sus bienes, conforme al sentido de esta palabra, no sólo el que se fuga con ellos, sino el que los oculta, enajena o sustrae fraudulentamente para hacer ineficaz la acción de sus acreedores» (p. 223). Y, lo que es más interesante: Estos autores describen el tipo, siguiendo a Quintano, como de estructura abierta, por lo que pueden incluirse toda clase de comportamientos. (...). Las modalidades más frecuentes son las de creación de hipotecas, trasposos, donaciones o enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, que imposibilitan la realización del crédito. (...) (p. 226).

¹³ Véase, ampliamente, en notas anteriores.

¹⁴ Por ejemplo, MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 446) indica (citando la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1989), que la conducta de favorecimiento de acreedores constituye causa de justificación del delito de alzamiento de bienes, siempre que se trate del pago congruente de una obligación exigible y no exista ya un procedimiento en el que se haya asignado una prelación a los créditos, en cuyo caso será aplicable el artículo 259. En relación con esta cuestión de la antijuricidad, BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (*Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1993, p. 229), indican que es un tema discutido: «En orden a la ausencia de antijuricidad, la doctrina discute sobre el supuesto del insolvente que, obligado ante varios acreedores, solventa sus deudas con alguno de ellos perjudicando al resto. Esta conducta, denominada favorecimiento de acreedores, ha de considerarse atípica en la medida en que se realice sin ánimo de perjudicar a los acreedores postpuestos. (...). Pero aún cuando concorra el ánimo de perjudicar a los acreedores, la conducta resulta justificada sólo cuando el deudor no esté constreñido a satisfacer el crédito postpuesto en el pago con anterioridad al resto. Si existe tal constreñimiento, bien por una prelación de créditos legalmente establecida en un procedimiento (...) o bien porque las deudas solventadas no eran exigibles en tiempo y forma, no cabe causa de justificación alguna. En el primer caso, porque el deudor tiene el deber de pagar conforme a un orden de prelación que no respeta. En el segundo, porque solventa deudas a las que aún no está obligado, conducta que en la medida en que se realiza en perjuicio del resto de los acreedores asume un tal grado de intolerabilidad que (...). A la vista de lo expuesto, ¿no es cierto que en el caso que estamos considerando admite una reflexión en torno a la conducta del fiador a estos efectos? Hemos de tener en cuenta que el fiador no era el obligado principal, pese a lo cual favoreció antes la deuda ajena que las originariamente propias. ¿Era tan insolvente la sociedad deudora, que no les quedó más alternativa a los acreedores que dirigir la acción contra su hermano, el fiador, que tenía una situación económica tan difícil; o más bien eran todos ellos conscientes de que de este modo le hacían un favor, al ocultar del alcance de sus múltiples acreedores un bien fácilmente embargable?

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio 1993 (RJ 1993/5086) apreció el delito de alzamiento de bienes en un supuesto en el que el deudor hace cesión de todos sus bienes

[11] La dificultad que encuentran quienes buscan sanción para esta conducta radica en probar la intención dolosa del deudor, pues no es constitutivo de delito el simple hecho de escoger caprichosa o arbitrariamente a un acreedor para garantizar o satisfacer su crédito, aunque se derive de ello un perjuicio para los restantes acreedores¹⁵, sino que debe probarse la intención de causar el daño que movió al deudor a actuar. En tales circunstancias, será igualmente difícil probar la participación del acreedor en el acto delictivo, o su cooperación en el mismo¹⁶. Pero si logra probarse que el acreedor participó voluntariamente de la intención dolosa del deudor, de manera que activamente quiso cooperar a poner los medios jurídicos para lograr la ocultación de bienes del alcance de otros acreedores, qué duda cabe de que el acto jurídico lesivo puede ser impugnado y declarado nulo. La conducta reprochable del acreedor no queda amparada por su derecho, porque implica mala fe, supone actuar más allá de lo que le permite su derecho, pues ha traspasado los límites de lo que le es exigible conforme a la buena fe.

La difícil prueba de las intenciones puede reforzarse mediante indicios. En el caso origen del pleito, el deudor es hermano de los acreedores favorecidos, por lo que es presumible que éstos conocieran los procesos ejecutivos y las reclamaciones de créditos iniciados frente a él y su situación de insolvencia; es, además, fiador –aunque solidario– en relación con éstos. Sin embargo, y pese a que pudieron dirigirse frente a la deudora principal –la sociedad– para exigir la restitución del préstamo, los hermanos se dirigen frente a él, que atraviesa una situación económica tan difícil, y le exigen la constitución de la hipoteca. Es obvio que no se trata de pruebas concluyentes, esto es, que en el concreto caso origen del pleito no se han constatado pruebas de la conducta delictiva, entre otras cosas porque no era su objetivo, pues es un procedimiento civil y no penal. Pero a mi juicio, ese conjunto de circunstancias provoca una reflexión favorable a admitir la posibilidad de que en determinados supuestos la conducta de favorecimiento de acreedores resulte sancionable.

en pago a unos acreedores que no representaban más que la mitad del pasivo, *con el ánimo de perjudicar a los demás*, aprovechando el momento en que se levanta el procedimiento de suspensión de pagos a instancia de la parte deudora. El Tribunal Supremo declaraba en esta sentencia que *ha concurrido el elemento intencional del delito sin que pueda servir de razones exculpatorias ni las relativas al llamado favorecimiento de acreedores (...) ni que mientras no exista una orden de prelación el deudor puede satisfacer sus deudas a quien tenga por conveniente, porque dadas las circunstancias específicas (...) es claro, que el acto dispositivo (...) ha de reputarse como constitutivo de un alzamiento punible (...)*.

¹⁵ Por ejemplo, en los supuestos que dieron lugar a las sentencias de 8 de mayo de 1944, 25 de junio de 1963, 5 de abril de 1966, 7 de marzo de 1967, 12 de junio de 1969, 21 de enero de 1976, 30 de diciembre de 1978, 11 de octubre de 1991, 2 de diciembre de 1991, entre otras. Véase, además, en notas anteriores, cómo la doctrina se pronuncia también en este sentido.

¹⁶ El delito se califica por la doctrina como *delito especial en el que sólo puede ser autor en sentido estricto el deudor (...)*. *La participación se rige por las reglas generales. El no deudor (...) puede responder por cooperación necesaria o complicidad* (MUÑOZ CONDE; *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 446). En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZÁLEZ (*Manual de Derecho Penal, Parte especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Ceura, 1993, pp. 221-222, y 232), que explican además que *por deudor hay que entender no sólo el directamente obligado a la prestación, sino también los obligados subsidiariamente. Así, pueden ser sujetos activos los avalistas (...), el fiador (...) y el responsable civil subsidiario del delito. Es indiferente que el sujeto activo sea o no comerciante, lo cual sólo interesa a efectos de agravación de la sanción.*

VI. VÍAS DE IMPUGNACIÓN EN CONFLICTOS ENTRE ACREEDORES POR CUENTA DE OBLIGACIONES VENCIDAS Y EXIGIBLES

[12] Según lo visto hasta ahora, el principio de protección al acreedor diligente se aplica con fuerza en nuestro Ordenamiento y apenas encuentra límites tratándose de una deuda vencida y exigible que se hace valer fuera del concurso. El acreedor que cobra la deuda vencida y exigible queda amparado por su derecho siempre que sea de buena fe. La buena fe sólo le exige al acreedor fuera del concurso que no sea partícipe en un delito punible de alzamiento de bienes (como hemos visto, la conducta de favorecimiento de acreedores normalmente no es sancionable, por considerar la doctrina y la jurisprudencia que existe causa de justificación, por lo que en la práctica son reducidísimos los límites que conforme a la buena fe pueden imponérsele al acreedor en el ejercicio de su derecho).

Para finalizar esta aproximación a la buena fe exigible al acreedor, veamos las vías de impugnación de los actos jurídicos lesivos realizados por el deudor, cuando entran en conflicto los intereses de los acreedores. La primera de estas vías está relacionada con el delito de alzamiento de bienes. La segunda vía se hace posible una vez declarado el concurso, a través de la conocida retroacción de la quiebra, o, quizás próximamente –según veremos a continuación–, a través de las nuevas acciones de reintegración.

1. *La nulidad por ilicitud de la causa*

[13] Nos situamos ya en el plano de la hipótesis. Si los demandantes hubieran logrado probar la mala fe de los codemandados; (esto es, que colaboraron con su hermano en un delito de alzamiento de bienes, valiéndose de la constitución de hipoteca como medio para lograr el fin dañoso, siendo conscientes del daño que provocaban a los restantes acreedores, y queriéndolo activamente, porque, pudiendo evitarlo y lograr –a la vez– la satisfacción de su crédito –reclamando el cobro directamente a la sociedad, por ejemplo–, no lo hicieron, sino que optaron por una medida que aún dificultaba más la dura situación económica en que se encontraba su hermano, y en unas circunstancias tales que no concurriera causa de justificación del delito); sí, como digo, los demandantes lograran probarlo, y sólo entonces, podrían impugnar eficazmente la constitución de la hipoteca¹⁷. En ese caso, la hipoteca sería nula, no por inexistencia –como se solicitó en la demanda– sino por ilicitud de la causa de constitución de la misma (art. 1275 CC). El hecho de que la hipoteca hubiese constituido el medio para la comisión del delito de

¹⁷ Por el contrario, si no logran probar la intención dolosa que movió a los codemandados a constituir la hipoteca, no sería justo que se impugnara con éxito alegando el simple hecho de que podían haberse dirigido frente al deudor principal para exigir el cobro, por una sencilla razón: Si la sociedad deudora fuera insolvente, está claro que la buena fe no les exige esa conducta; y si la sociedad deudora fuera solvente, el daño no sería tan patente, porque lo mismo pueden hacer los propios acreedores demandantes (primero, pagando ellos la deuda a los acreedores hipotecarios, liberando así el bien de la hipoteca para cobrar sus antiguos créditos, y, subrogándose entonces en su lugar para exigir de la sociedad el cobro de la deuda satisfecha).

favorecimiento de acreedores impediría el reconocimiento de ésta conforme a Derecho, porque la causa de constitución de la misma, al nacer teñida de ilicitud, deslegitimaría toda pretensión de validez.

2. *La retroacción de la quiebra y/o las acciones de reintegración*

[14] Como ya señalamos al comienzo, el deudor fue declarado en concurso de acreedores con posterioridad a la presentación de la demanda origen del pleito. Si estuviéramos ante un deudor comerciante, y lo que se hubiera declarado fuera la quiebra, aún quedaría la posibilidad de que se decretase la retroacción de los efectos de la misma a un momento anterior a la constitución de la hipoteca, y que los acreedores perjudicados se viesen liberados del perjuicio causado por la misma (art. 878.II CCo). Como es sabido, este sistema de retroacción judicial absoluta ha sido fuertemente criticado. Más interesante resulta, a estos efectos, asomarnos al último Proyecto de Ley Concursal (121/000101, BOCG, VII Legislatura, serie A, 23 de julio 2002): Conforme al nuevo régimen concursal proyectado, la hipoteca es rescindible, sea el deudor comerciante o no, si llega a declararse el concurso dentro de los dos años siguientes a su constitución y si se prueba que supuso un perjuicio, por considerarse entonces objetivamente fraudulenta, siendo irrelevante la intención que movió a constituirla¹⁸. (En el caso origen del pleito habían transcurrido más de dos años entre la constitución de la hipoteca y la declaración del concurso, por lo que no sería rescindible).

¹⁸ El citado *Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002*, que unifica el régimen jurídico del concurso y de la quiebra, sustituye lo que denomina *el perturbador sistema de retroacción del concurso por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse* (de la Exposición de Motivos del Proyecto). Entre los actos en que se presume el perjuicio patrimonial, *sin admitir prueba en contrario*, el artículo 70.2 del Proyecto cita los siguientes: «3.º *Constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas*». Estos actos se declaran *rescindibles* si se realizaron *por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración* (del concurso), *aunque no hubiere existido intención fraudulenta* (art. 70.1 del Proyecto). La norma que acabamos de citar (art. 70.2.3.º del Proyecto) admite, a mi juicio, diversas interpretaciones (especialmente a la luz del supuesto 4.º del art. 70.2, que cita como rescindibles *los pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso*). De aprobarse la norma con esta redacción, creemos que puede plantear problemas en la aplicación práctica. Sin embargo, todavía no es tiempo, ni es éste el lugar, para comentarla.

La responsabilidad del propietario-arrendador y del arrendatario-subarrendador por la extinción del subarriendo: la consolidación de una doctrina jurisprudencial. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2002) ¹

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos y doctrina de la sentencia*: 1. Hechos. 2. Doctrina de la sentencia.-II. *Comentario*: 1. Planteamiento. 2. El fundamento de la responsabilidad de los arrendatarios-subarrendadores. 3. El fundamento de la responsabilidad del propietario-arrendador. 3.1 La responsabilidad del propietario-arrendador es una excepción al principio de la eficacia relativa de los contratos: planteamiento erróneo. 3.2 El conocimiento por parte del propietario-arrendador de la existencia de los subarriendos. 3.3 El propietario-arrendador ¿incurre en responsabilidad contractual o en responsabilidad extracontractual?

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

1. Hechos

El 13 de agosto de 1987, la entidad mercantil *Inverlo, S. A.*, adquiere la propiedad de un edificio sito en Valladolid. El citado edificio está arrendado a favor de don Ángel G. M. y su esposa doña M.^a Pilar V. S. M. (éstos ostentan la condición de arrendatarios y subarrendadores).

El 6 de octubre de 1989, la entidad mercantil *Inverlo, S. A.*, (propietaria y arrendadora) celebra un contrato con don Ángel G. M. y doña M.^a Pilar V. S. M. (arrendatarios-subarrendadores) en virtud del cual se acuerda la extinción del contrato de arrendamiento a cambio de una determinada cantidad de dinero. El Tribunal Supremo considera probado que el propietario-arrendador

¹ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en adelante, ar.) 2002/1381.

(*Inverlo, S. A.*), en el momento de suscribir el contrato de extinción del arrendamiento, conocía la existencia de los subarriendos, así como las cláusulas destinadas a estabilizar la duración de los subarriendos. Estas cláusulas limitaban la posibilidad de renunciar al arrendamiento (creaban un subarriendo reforzado, pero lícito). Prueba del conocimiento que el propietario-arrendador tiene de la existencia de los subarriendos es la inclusión en el contrato de 6 de octubre de 1989 (en virtud del cual los arrendatarios-subarrendadores renuncian a su derecho) de una cláusula en la que se afirma que se podrán establecer nuevos acuerdos con los subarrendatarios en condiciones económicas aceptables. Esta cláusula cumple, a juicio del Tribunal Supremo, «una función “tranquilizadora” o de “apaciguamiento” cara a los subarrendatarios, haciéndoles ver la posibilidad de un entendimiento con el propietario» (Fundamento de Derecho segundo).

Posteriormente, *Inverlo, S. A.* (propietario-arrendador) interpone diversas demandas instando la resolución de los contratos de subarrendamiento celebrados por los arrendatarios.

Simultáneamente, los subarrendatarios² interponen diversas demandas por el procedimiento del juicio declarativo de menor cuantía (cuyos autos se acumularon en un solo procedimiento)³ contra *Inverlo, S. A.* (propietario-arrendador del edificio) y don Ángel G. M. y doña M.^a Pilar V. S. M. (arrendatarios-subarrendadores) en las que se solicita, entre otras cosas, lo siguiente: *a*) que se declare la nulidad del contrato celebrado en octubre de 1989 entre el propietario-arrendador y los arrendatarios-subarrendadores al ser una renuncia de derechos realizada en perjuicio de terceros; *b*) subsidiariamente, que se declaren novados subjetivamente los contratos de subarriendo y se subrogue la entidad *Inverlo, S. A.* en los derechos y obligaciones contraídos por don Ángel G. M. y doña M.^a Pilar V. S. M. con los subarrendatarios; y *c*) que se condene a los demandados a pagar solidariamente una indemnización por los daños y perjuicios causados.

El 18 de diciembre de 1990, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid dicta sentencia por la que estima parcialmente la demanda y condena a los demandados (*Inverlo, S. A.*, don Ángel G. M. y doña M.^a Pilar V. S. M.) a abonar *mancomunadamente* a los subarrendatarios una indemnización de daños y perjuicios para el caso de que prosperen las demandas sobre resolución de los contratos de subarriendo que interpuso la entidad *Inverlo, S. A.*

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la demandada *Inverlo, S. A.*, al que se adhieren los otros demandados (don Ángel G. M. y doña M.^a Pilar V. S. M.) y dos de los demandantes⁴, la Audiencia Provincial de Valladolid dicta sentencia el 28 de junio de 1996 por la que estima en parte el recurso, revoca parcialmente la sentencia de primera instancia y condena a los demandados a indemnizar *solidariamente* a los demandantes que apelaron la sentencia.

La entidad *Inverlo, S. A.* interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando al amparo del artículo 1692.3.º LEC de 1881 «la infracción del artículo 359 del mismo cuerpo legal» y al amparo del artículo

² Los subarrendatarios demandantes son los siguientes: la entidad mercantil *Comercial Artículos de Piel y Calzado, S. A.*, don Florencio H. M., don Fernando B. L., doña Consuelo B. L., doña Yolanda R. C. y doña Marta O. S.

³ Conforme a lo establecido en la LEC de 1881. Recuérdese que en enero de 2001 entró en vigor la nueva LEC.

⁴ Don Fernando y doña Consuelo B. L.

1692.4.º LEC de 1881 alega la infracción de los artículos 1225, 1227, 1230, 1253 y 1902 CC en relación con los artículos 29 y 57 a 61 LAU de 1964, así como la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver el caso. El Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de febrero de 2002, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. Fue Magistrado-Ponente el Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.

2. Doctrina de la sentencia

La Sala Primera del Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia un caso idéntico al planteado en su sentencia de 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464). En ambos pleitos la cuestión litigiosa se reduce a determinar si el propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) y los arrendatarios-subarrendadores (don Ángel G. M. y doña M.ª Pilar V. S. M.), cuando pactan la extinción del arrendamiento, incurren o no en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados a los subarrendatarios al extinguirse sus contratos de subarriendo.

El Tribunal Supremo afirma que, para resolver el presente litigio, es aplicable *mutantibus mutandis* la antes aludida sentencia de 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464), «la cual tiene un valor de precedente a seguir en aras del principio de igualdad, con arreglo al que casos iguales deben tener soluciones iguales, cuando no haya razones –que aquí no las hay– que justifiquen adoptar, motivadamente, un cambio de criterio». (Fundamento de Derecho segundo). Nuestro Alto Tribunal se remite a la argumentación de la citada sentencia «a modo de motivación “por remisión”» (Fundamento de Derecho segundo).

Entrando en la concreta doctrina sentada por el Tribunal Supremo, éste señala que aunque la renuncia al arrendamiento realizada por los arrendatarios-subarrendadores (don Ángel G. M. y doña M.ª Pilar V. S. M.) se considera válida, ello no constituye ningún obstáculo para afirmar que éstos, al renunciar al arrendamiento, han incumplido el contrato de subarriendo⁵, incurriendo, por tanto, en responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC).

Por otra parte, el Tribunal Supremo afirma, respecto de la responsabilidad del propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*), que la doctrina y la jurisprudencia reconocen diversas «excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato», y señala que una de esas excepciones se produce cuando, al celebrarse un contrato, y por causa de su celebración, los contratantes causan un daño a un tercero; esto es, a un *no contratante*. Concluye con la afirmación de que el propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) no respondería si hubiese desconocido los perjuicios que la renuncia al arrendamiento originaba a los subarrendatarios, pero que, cuando la situación es conocida por aquél, como ocurre en el presente caso, entonces también responde de los daños y perjuicios ocasionados a los subarrendatarios (por extensión de los efectos del art. 1101 CC o por la vía del art. 1902 CC).

El fallo de la sentencia del Tribunal Supremo desestima todos los motivos del recurso de casación y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid en virtud de la cual el propietario-arrendador y los arrendatarios-

⁵ Han vulnerado los derechos de los subarrendatarios.

subarrendadores son condenados a indemnizar *solidariamente* los daños y perjuicios que la extinción de los subarrendos ha causado a los subarrendatarios⁶.

II. COMENTARIO

1. Planteamiento

No vamos realizar un comentario exhaustivo sobre todos y cada uno de los temas abordados por la sentencia de 22 de febrero de 2002. El objeto de este comentario es más modesto: realizar unas reflexiones acerca de la cuestión litigiosa. Y ésta no es otra que determinar si los subarrendatarios tienen derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios cuando se extingue el subarriendo como consecuencia de la *renuncia* al arrendamiento pactada por el propietario-arrendador y los arrendatarios-subarrendadores.

A través de la exposición de los hechos y de la doctrina de la sentencia que estamos comentando, hemos indicado que el Tribunal Supremo considera –al igual que en la sentencia de 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464)– que los subarrendatarios sí tienen derecho a reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la extinción del subarriendo.

Pero, ¿quiénes responden de esos daños y perjuicios? En el presente caso, nuestro Alto Tribunal reitera la respuesta que dio en la ya mencionada sentencia de 14 de octubre de 1997: los arrendatarios-subarrendadores y el propietario-arrendador responden solidariamente de los daños y perjuicios causados a los subarrendatarios.

Ello nos lleva a plantearnos los siguientes interrogantes: ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad de los arrendatarios-subarrendadores?, ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad del propietario-arrendador?

La respuesta a cada una de estas cuestiones servirá para aproximarnos a un tema poco estudiado por nuestra doctrina: la lesión de los derechos de crédito por un acto de tercero y su protección por la vía del artículo 1902 CC (*tutela aquiliana de los derechos de crédito*).

Finalmente, hemos de señalar que el arrendamiento objeto del litigio que resuelve el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de febrero de 2002 (ar. 2002/1381) se rige por las normas de la LAU de 1964 (conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda de la LAU de 1994). Sin embargo, en nuestro comentario haremos referencia a las normas de la LAU de 1994.

2. El fundamento de la responsabilidad de los arrendatarios-subarrendadores

El subarriendo es un contrato que recibe su fuerza del arrendamiento⁷. De ahí que el artículo 8.2.III LAU de 1994 disponga que «el derecho del suba-

⁶ La STS de 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464), que como sabemos es la sentencia en que se apoya la que estamos comentando, también condenó al propietario-arrendador y a los arrendatarios-subarrendadores a indemnizar solidariamente los daños y perjuicios ocasionados a los subarrendatarios.

⁷ En este sentido se pronuncian, entre otros, DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9.ª edición, Madrid, 2001, pp. 340 y 341; MÉNDEZ

rendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó»⁸.

Lo anterior nos lleva a formular la siguiente pregunta: ¿tiene el subarrendatario derecho a exigir al subarrendador una indemnización por los daños y perjuicios que le cause la extinción del subarriendo? La respuesta depende de cuál haya sido la causa de extinción del arrendamiento (de todas las causas de extinción que existen, mencionamos las siguientes: el cumplimiento del plazo de duración pactado, la pérdida de la cosa arrendada, la renuncia del arrendatario). Con carácter general, podemos afirmar que la extinción del subarriendo como consecuencia de la extinción del arrendamiento no genera para el subarrendador responsabilidad frente al subarrendatario⁹.

Ahora bien, existen excepciones a la regla general. Una de ellas se produce cuando la extinción del contrato de arrendamiento se deriva de la renuncia voluntaria del arrendatario-subarrendador a su derecho arrendaticio¹⁰, que es precisamente el caso de la sentencia que estamos comentando¹¹.

TOMÁS, R. M., VILALTA NICUESA, A. E.: *Arrendamientos Urbanos: Cesión, Subarriendo y Subrogación*, Barcelona, 1998, p. 18; PUENTE DE ALFARO, F. de la: *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 162 y 163; y REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, p. 168.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene la misma tesis [SSTS de 22 de febrero de 1972 (ar. 1972/860), 1 de marzo de 1993 (ar. 1993/2034) y 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464)], así como la sentencia de 22 de febrero de 2002 (ar. 2002/1381) objeto del este comentario].

⁸ La LAU de 1964 (art. 117) también preveía la extinción del subarriendo para los casos de extinción del derecho del subarrendador.

Afirma REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 168 y 169, que el subarriendo se extingue de forma automática cuando se produce la extinción del arrendamiento, con independencia de cuál sea la causa de extinción de éste (vencimiento, resolución, renuncia del arrendatario). En términos similares, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, (dirigidos por Xavier O'Callaghan), Madrid, 1995, p. 100 y PAU PEDRÓN, A.: «La protección del Arrendamiento Urbano», *La Publicidad Registral*, Madrid, 2001, p. 475.

⁹ A título de ejemplo citamos los siguientes casos:

– Cuando el arrendamiento se extingue por cumplimiento del plazo de duración pactado, el subarriendo se extingue, pero el subarrendador no tiene que indemnizar al subarrendatario.

– Cuando el arrendamiento se extingue por pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador [art. 28 a) LAU de 1994], el subarriendo se extingue, pero el subarrendador tampoco tiene que indemnizar al subarrendatario (del mismo modo que el arrendador no indemniza al arrendatario-subarrendador).

¹⁰ Afirma GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, (dirigidos por Xavier O'Callaghan), Madrid, 1995, pp. 100 y 101, que es opinable que el subarriendo se extinga cuando el arrendatario-subarrendador renuncia voluntariamente a su derecho y se plantea la aplicación del artículo 12 LAU de 1994 al mencionado supuesto.

Si atendemos al tenor literal del artículo 8.2.III LAU de 1994 nos daremos cuenta de que su redacción no admite excepción alguna (utiliza la expresión «en todo caso»). Por todo ello consideramos que también en este caso el subarriendo se extingue.

¹¹ Conforme a lo pactado en el contrato de 6 de octubre de 1989, los arrendatarios-subarrendadores (don Ángel G. M. y su esposa doña M.^a Pilar V. S. M.) renunciaron al

Antes de entrar en el análisis de la posible responsabilidad del arrendatario-subarrendador por la extinción del subarriendo, debemos dar respuesta al siguiente interrogante: ¿la renuncia¹² del arrendatario-subarrendador al arrendamiento, antes de que transcurra el plazo de vigencia del subarriendo, extingue éste?¹³ En nuestro Ordenamiento jurídico encontramos argumentos legales tanto para responder afirmativa como negativamente a dicha cuestión, razón por la cual la doctrina mantiene distintas tesis al respecto. Se trata, sin duda, de una cuestión no exenta de dificultades.

Podríamos responder que conforme al artículo 6.2 CC, el arrendatario-subarrendador no puede renunciar a su derecho, porque se perjudicarían derechos de terceros (del subarrendatario) y ello no está permitido. Cierto es que la renuncia del arrendatario-subarrendador al arrendamiento causa un perjuicio al subarrendatario y ello es precisamente lo que intenta evitar el artículo 6.2 CC. ¿Significa esto que al subarrendatario le resulta inoponible la renuncia? Algunos autores¹⁴, en aplicación de lo dispuesto en el citado precepto, mantienen que la renuncia del arrendatario-subarrendador no sería eficaz frente al subarrendatario; esto es, el subarriendo no se extinguiría¹⁵ y el propietario-arrendador debería soportarlo. De aceptarse esta solución el subarrendatario no sufriría ningún daño ni perjuicio y no tendría, por tanto, derecho a exigir ninguna indemnización.

A nuestro juicio, la anterior no es una solución convincente porque no pondera adecuadamente los intereses en juego: protege los intereses del subarrendatario (le permite continuar disfrutando de la cosa objeto del subarriendo), pero se olvida de los intereses del propietario de la cosa (la subsistencia del subarriendo le va a impedir obtener el máximo rendimiento económico de la vivienda; no olvidemos que conforme al artículo 8.2.I LAU el subarriendo

arrendamiento a cambio de una determinada cantidad de dinero abonada por el propietario-arrendador (*Inverlo*, S. A.).

¹² En relación con la renuncia de derechos y el artículo 6.2 CC, véase: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario del artículo 6 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, pp. 734 a 768; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La renuncia a los derechos*, Barcelona, 1986; DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen I, 10.ª edición, Madrid, 2001, pp. 453 a 457; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario del artículo 6 Código civil», *Comentario del Código civil*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 34 a 36.

¹³ Sobre esta problemática en la LAU de 1964, véase: FUENTES LOJO, J. V.: «Comentario del artículo 117 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964», *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, tomo II, 9.ª edición, Barcelona, 1994, pp. 2158 a 2165.

¹⁴ En este sentido parece que se pronuncian, DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9.ª edición, Madrid, 2001, p. 354; GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, (dirigidos por Xavier O'Callaghan), Madrid, 1995, pp. 100 y 101; PAU PEDRÓN, A.: «La protección del Arrendamiento Urbano», *La Publicidad Registral*, Madrid, 2001, pp. 430, 432 y 433 y PUENTE DE ALFARO, F. de la, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 148, 149 y 163 (nota 31).

¹⁵ Se adoptaría la misma solución que el artículo 107.1 LH prevé para la hipoteca de usufructo. El citado precepto establece que la renuncia del usufructuario a su derecho es inoponible al acreedor hipotecario; esto es, «subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin».

sólo puede ser parcial, y que, por tanto, resultará harto complicado encontrar un sujeto interesado en arrendar la vivienda).

Creemos que la solución óptima es considerar que el subarriendo se extingue como consecuencia de la renuncia del arrendatario-subarrendador, viniendo éste obligado frente al subarrendatario a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (el propietario-arrendador será también responsable de los daños y perjuicios sufridos por el subarrendatario cuando aquél, conociendo la situación perjudicial que se origina para el subarrendatario, colabore o sea cómplice de la renuncia que realiza el arrendatario-subarrendador).

Exponemos, a continuación, las razones por las cuales consideramos que la renuncia del arrendatario-subarrendador al arrendamiento, antes de que transcurra el plazo de vigencia del subarriendo, sí provoca la extinción de éste ¹⁶:

a) A nuestro entender, esta solución satisface equitativamente los intereses de cada una de las partes en conflicto: el arrendatario-subarrendador puede renunciar a su derecho, indemnizando los daños y perjuicios ocasionados al subarrendatario por la extinción anticipada del subarriendo; el subarrendatario ve sacrificado su interés de seguir usando y disfrutando de la cosa subarrendada, pero a cambio tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios; y el propietario-arrendador (que dependiendo de las circunstancias puede también ser responsable frente al subarrendatario) recupera el pleno goce y disfrute, pudiendo sacar el máximo rendimiento económico a la vivienda (al no estar la vivienda ocupada parcialmente por el subarrendatario, le resultará mucho más fácil encontrar un sujeto interesado en arrendar la vivienda).

b) Aunque podría pensarse que la citada solución es contraria al artículo 6.2 CC, ello no es así. No podemos olvidar que la doctrina afirma que las consecuencias que se derivan de la renuncia a un derecho cuando ésta perjudica a un tercero no son siempre las mismas ¹⁷. Por tanto, en algunos casos la renuncia a derechos en perjuicio de terceros no va a tener como consecuencia jurídica la inopini-

¹⁶ Mantienen esta tesis, entre otros, CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinadora M.ª Rosario Valpuesta Fernández), Valencia, 1994, p. 94; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *LAU: Comentario articulado*, 2.ª edición, Granada, 2001, p. 68; FUENTES LOJO, J. V.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentario a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Barcelona, 1995, p. 46; GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Carlos Lasarte Álvarez), Madrid, 1996, pp. 186 y 187; LOSCERTALES FUERTES, D.: *Los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995, p. 203; REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 168 y 169; y ROJO AJURIA, L.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentario a la Ley de Arrendamientos urbanos*, (director Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 1995, pp. 137 y 138.

¹⁷ En este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Comentario del artículo 6 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, volumen 1.º, 2.ª edición, Madrid, 1992, p. 764; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Comentario del artículo 6 del Código civil», *Comentario del Código*

bilidad de aquélla frente a éstos, sino que, atendiendo a las circunstancias del caso, la protección de los intereses de los terceros se va a realizar por otras vías [por ejemplo, en los casos de renuncia a derechos en fraude acreedores se permite que éstos impugnen la renuncia utilizando la acción rescisoria (arts. 1291.3 y 1297 CC)]¹⁸.

Consideramos que, en nuestro caso, los intereses del subarrendatario quedan suficientemente protegidos al imponerse al arrendatario-subarrendador la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido aquél [la solución que nosotros defendemos es la misma que se prevé en el art. 1571 CC para los casos de *venta de la cosa arrendada*: el vendedor (arrendador) debe indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios ocasionados cuando el comprador de la cosa arrendada ejercite el derecho, que le reconoce el citado precepto, de dar por terminado «el arriendo vigente al verificarse la venta»].

c) El artículo 6.2 CC es una norma de carácter general que presenta excepciones (a nuestro juicio, el art. 480 CC¹⁹ y el art. 13.2 LAU de 1994²⁰ son excepciones al art. 6.2 CC porque permiten renunciar a derechos incluso en perjuicio de terceros).

civil, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 35.

¹⁸ Véase, DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen I, 10.ª edición, Madrid, 2001, pp. 456 y 457.

¹⁹ Dispone el citado precepto que todos los contratos que celebre el usufructuario sobre la cosa usufructuada se extinguirán (la ley dice impropriadamente «se resolverán») al fin del usufructo, «salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

²⁰ El Legislador en 1994 quiso, en esta materia, armonizar la legislación especial de arrendamientos urbanos con el contenido del Código civil (art. 480) (recordemos que conforme a los art. 57 y 114.12.º LAU de 1964, en los casos de extinción del usufructo, el arrendamiento constituido por el usufructuario continuaba vigente, salvo que «el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad»). Por esta razón, el artículo 13.2 LAU de 1994 dispone que «los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley». [Véase, MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 300 a 306. Afirma este autor que «la solución que proporciona el artículo 13.2 LAU es categórica y no deja margen de duda: la extinción del usufructo, de la superficie o del análogo derecho de goce que haya servido de soporte para la celebración del arriendo determina la extinción del derecho del inquilino. (...) Esta consecuencia se produce sea cual sea la causa de la desaparición del derecho del arrendador»; SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, (dirigidos por Xavier O'Callaghan), Madrid, 1995, pp. 143 y 144.]

Mantienen la tesis contraria, entre otros: DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9.ª edición, Madrid, 2001, p. 354 [afirman que si la extinción se ha debido a la renuncia del usufructuario, superficiario o del sujeto que tenga un derecho de goce análogo sobre el inmueble, entonces «la misma es inoponible frente al arrendatario, por lo que el propietario que recupera las facultades ínsitas en el *iura in re aliena* ha de soportar el arrendamiento por toda la duración concertada. Lo exige así el artículo 6.2 del Código civil y la aplicación analógica del artículo 107.1 de la Ley Hipotecaria»]; GORDILLO CAÑAS, A.: «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Carlos Lasarte Álvarez), Madrid, 1996,

d) Por otra parte, cuando el Legislador quiere que un derecho no desaparezca como consecuencia de la extinción del derecho del que trae causa, lo indica de forma expresa (en este sentido, en materia de arrendamientos, los arts. 13.1 y 14 LAU de 1994²¹; en relación con la hipoteca del usufructo, el art. 107.1.º LH²²; y respecto del derecho de superficie, el art. 289 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992²³).

e) Los términos en los que está redactado el artículo 8.2.III LAU de 1994 («el derecho del subarrendatario se extinguirá, en

pp. 358 y 359; y PUENTE DE ALFARO, F. de la, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 148 y 149. Afirma el citado autor que cuando el usufructo se extingue por la renuncia del usufructuario, el subarrendatario no se ve afectado y puede continuar en el goce de la cosa arrendada.

En relación con los argumentos esgrimidos por los profesores DIEZ-PICAZO y GULLÓN nos planteamos la siguiente cuestión: ¿por qué se aplica analógicamente el artículo 107.1 LH y no el artículo 480 CC? Por otra parte, PAU PEDRÓN, A.: «La protección del Arrendamiento Urbano», *La Publicidad Registral*, Madrid, 2001, p. 430, se muestra contrario a aplicar por analogía el artículo 107.1.º LH a los arrendamientos, «porque existe en la LAU una norma específica que no distingue entre causas de extinción del usufructo».

²¹ El artículo 13.1 LAU de 1994 regula cuál es la suerte de los arrendamientos cuando se extingue el derecho del propietario-arrendador (si el derecho del arrendador se extingue durante los primeros cinco años de vigencia del arrendamiento, el arrendatario tiene derecho a continuar en él hasta que se cumplan los cinco años; por el contrario, si el derecho del arrendador se extingue transcurridos los cinco primeros años del arrendamiento, éste también se extingue). [Véase: FUENTES LOJO, J. V.: «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, tomo I, Barcelona, 2001, pp. 130 a 136; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 279 a 300; PUENTE DE ALFARO, F. de la, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 81 a 124; SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, (dirigidos por Xavier O'Callaghan), Madrid, 1995, pp. 138 a 143.]

El artículo 14 LAU de 1994 aborda la cuestión de si cuando se enajena la vivienda arrendada el arrendamiento se extingue. La regla general que podemos extraer del citado precepto es que el arrendamiento resulta oponible al adquirente durante los cinco primeros años de vigencia del arriendo. [Véase: BENAVENTE MOREDA, P.: *La venta de la cosa arrendada*, Madrid, 1998, pp. 146 a 168; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario del artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 311 a 329; PUENTE DE ALFARO, F. de la, *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 33 a 80; SERRANO ALONSO, E.: «Comentario del artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*, (dirigidos por Xavier O'Callaghan), Madrid, 1995, pp. 146 a 153.]

²² Establece el citado precepto que la hipoteca constituida por el usufructuario no se extinguirá en los casos en los que el usufructo concluya por la voluntad de aquél, sino que subsistirá «hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido de no mediar el hecho que le puso fin».

²³ Dicho precepto fue declarado vigente por la Disposición Derogatoria única (apartado 1.º) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. Realizando una interpretación conjunta de los apartados 4.º y 5.º del artículo 289 podemos afirmar que cuando se extinga el derecho de superficie por cualquier causa que no sea el «decurso del término», los derechos reales o personales impuestos por el superficiario continuarán vigentes.

Debemos señalar la discordancia que existe entre el artículo 289.5 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 y el artículo 13.2 LAU de 1994.

todo caso, cuando lo haga el del arrendatario que subarrendó»), prueba, a nuestro entender, que dicho precepto no admite excepción alguna (utiliza la expresión «en todo caso»). Por esta razón, consideramos que en los supuestos en los que el arrendamiento se extingue por renuncia del arrendatario-subarrendador, el subarriendo también se extingue²⁴.

f) Otro de los argumentos que puede utilizarse a favor de nuestra tesis es la existencia de una línea jurisprudencial que afirma «que el subarriendo no puede tener más extensión que la del arrendamiento de que deriva, por ser principio jurídico fundamental que los derechos derivativos no pueden ir más allá que los originarios». Afirma el Tribunal Supremo que «el contrato de subarriendo, por su propia naturaleza y como su propia denominación indica» depende de la existencia del arrendamiento «y en consecuencia, no puede existir al extinguirse éste, cualquiera que sea la causa de la extinción. (...) A ello no empece que sea la voluntad del arrendatario en poner fin al arriendo, para que el subarriendo se extinga y cualquiera que sea el tiempo en que la voluntad del arrendatario-subarrendador se produzca, desde ese mismo instante se extinguirá el subarriendo» [en este sentido, entre otras, SSTs de 22 de febrero de 1972 (ar. 860), 1 de marzo de 1993 (ar. 2034) y 18 de junio de 1997 (ar. 5417)].

g) Tomando en consideración todo lo expuesto, podemos concluir que si el Legislador hubiera querido que el subarriendo no se extinguiera en los casos de renuncia del arrendatario-subarrendador al arrendamiento, lo hubiera previsto expresamente en la ley²⁵.

²⁴ Mantienen esta tesis, entre otros, CLEMENTE MEORO, M.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinadora M.ª Rosario Valpuesta Fernández), Valencia, 1994, p. 94; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *LAU: Comentario articulado*, 2.ª edición, Granada, 2001, p. 68; FUENTES LOJO, J. V.: *Comentario a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Barcelona, 1995, p. 46; GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Carlos Lasarte Álvarez), Madrid, 1996, pp. 186 y 187; LOSCERTALES FUERTES, D.: *Los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1995, p. 203; REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 168 y 169; y ROJO AJURIA, L.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentario a la Ley de Arrendamientos urbanos*, (director Fernando Pantaleón Prieto), Madrid, 1995, pp. 137 y 138.

²⁵ En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Comentario del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, p. 301.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también considera que el subarriendo se extingue en los casos de extinción del arrendamiento por renuncia del arrendatario-subarrendador [así, por ejemplo, la STS de 22 de febrero de 1972 (ar. 1972/860) afirma que «el contrato de "subarriendo", por su propia naturaleza y como su propia denominación indica, depende en su existencia de la forma del arrendamiento, sobre la cosa subarrendada y, en su consecuencia, no puede existir al extinguirse éste, cualquiera que sea la causa de la extinción, porque si por virtud del contrato de arrendamiento, se transmite al arrendatario, la posesión de la cosa arrendada, por tiempo determinado y precio cierto y si éste puede a su

Comprobado que, conforme al artículo 8.2.III LAU de 1994, la renuncia del arrendatario-subarrendador a su derecho arrendaticio provoca también la extinción subarriendo, debemos preguntarnos cuáles son los medios de defensa de los que dispone el subarrendatario para defender su derecho frente al subarrendador. En ello centramos seguidamente nuestra atención.

En el subarriendo, al igual que ocurre en el arrendamiento, el subarrendador se obliga con el subarrendatario a ceder el goce y uso de una cosa por tiempo determinado a cambio de un precio (arts. 1543, 1554 y 1555 CC)²⁶. Por tanto, el subarrendador incumple el contrato de subarriendo cuando realiza algún acto que impide al subarrendatario gozar de la cosa subarrendada durante todo el tiempo de duración pactado en el contrato²⁷. Trasladando estas ideas al supuesto de hecho de la sentencia que estamos comentando podemos afirmar lo siguiente: cuando los arrendatarios-subarrendadores (don Ángel G. M. y su esposa doña M.^a Pilar V. S. M.) renuncian a su derecho arrendaticio mediante el contrato de 6 de octubre de 1989²⁸, estando todavía vigente el subarriendo, no cabe ninguna duda de que aquéllos están incumpliendo las obligaciones que se derivan de los contratos de subarriendo que les unen con los subarrendatarios (al provocar la extinción de los subarriendos están impidiendo que los subarrendatarios gocen de la cosa durante todo el plazo de tiempo estipulado en el contrato). En resumen, los subarrendadores incurrir en responsabilidad contractual por incumplimiento, pudiendo los subarrendatarios ejercitar las acciones correspondientes (arts. 1101 ss., 1556 CC y 27 LAU de 1994).

El Tribunal Supremo en la sentencia objeto del presente comentario [al igual que en las sentencias de 22 de febrero de 1972 (ar. 1972/860) y 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464)] mantiene la misma tesis que nosotros defendemos²⁹. Afirma nuestro Alto Tribunal que los arrendatarios-subarrendadores

vez transmitir tal posesión a los mismos fines, siempre que cuente con la autorización expresa y escrita del arrendador, se hace indudable que al ser por cualquiera de los cauces que dan lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, el arrendatario perdiera aquella posesión, ello ha de repercutir inmediatamente en la del subarrendatario, en el sentido de perderse la posesión de éste, con extinción del contrato de subarriendo. Que a ello no empece que sea la voluntad del arrendatario en poner fin al arriendo, para que el subarriendo se extinga y cualquiera que sea el tiempo en que la voluntad del arrendatario-subarrendador se produzca, desde ese mismo instante, se extinguirá el subarriendo, sin que, a su titular, le quede acción alguna para prolongar su existencia». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 1 de marzo de 1993 (ar. 1993/2034)].

²⁶ En este sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, volumen II, 9.^a edición, Madrid, 2001, pp. 340 y 341; REGLERO CAMPOS, L. F.: «Comentario del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, (coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 1995, pp. 158, 170 y 171.

²⁷ En el caso de la sentencia objeto de este comentario, una de las cláusulas del contrato de subarriendo establecía que «la duración del contrato será de cinco años, con prórrogas sucesivas anuales en forma indefinida, a voluntad de los subarrendatarios» (véase Fundamento de Derecho tercero).

El Tribunal Supremo afirma (Fundamento de Derecho segundo) que esta cláusula limitaba la voluntad de renuncia al arriendo.

²⁸ En virtud de dicho contrato el propietario-arrendador abona una determinada cantidad de dinero a los arrendatarios-subarrendadores a cambio de que éstos renuncien al arrendamiento.

²⁹ Hemos de señalar que el Tribunal Supremo, en alguna ocasión, ha defendido la tesis contraria. Así, por ejemplo, nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 1 de marzo de 1993 (ar. 1993/2034) mantiene que no existe incumplimiento contractual por parte del

(don Ángel G. M. y su esposa doña M.^a Pilar V. S. M.) al renunciar al arrendamiento cuya titularidad ostentaban han incumplido las obligaciones derivadas de los contratos de subarriendo que les vinculaba con los subarrendatarios, incurriendo, por tanto, en responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC) frente a los subarrendatarios. Razón por la cual éstos tienen derecho a que los arrendatarios-subarrendadores les abonen una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la extinción de los subarriendos.

3. El fundamento de la responsabilidad del propietario-arrendador

La responsabilidad del propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) frente a los subarrendatarios por la extinción de los subarriendos es posiblemente la parte más llamativa de la sentencia que estamos comentando. Adelantemos que, a nuestro juicio, la decisión del Tribunal Supremo de condenar al propietario-arrendador a pagar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los subarrendatarios nos parece correcta. No compartimos, sin embargo, alguno de los razonamientos que esgrime nuestro Alto Tribunal para fundar su decisión.

Veamos, a continuación, cuáles son los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad del propietario-arrendador frente a los subarrendatarios.

3.1 LA RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO-ARRENDADOR ES UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE LA EFICACIA RELATIVA DE LOS CONTRATOS: PLANTEAMIENTO ERRÓNEO

Uno de los argumentos utilizados por nuestro Alto Tribunal para declarar la responsabilidad del propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) frente a los subarrendatarios es que «la doctrina y la jurisprudencia siguen reconociendo excepciones al principio general de la eficacia relativa del contrato, entre otras, el supuesto en que al celebrar un contrato y por causa de su celebración los contratantes originen un daño a un tercero, (...), cuando tal daño se concreta, como ocurre en el caso, en la lesión de derechos subjetivos concretos» [SSTS de 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464) y 22 de febrero de 2002 (ar. 2002/1381)].

No compartimos la argumentación que realiza el Tribunal Supremo. Consideramos que la responsabilidad del propietario-arrendador por la extinción de los subarriendos no se funda ni constituye una excepción al *principio de relatividad de los contratos* (art. 1257 CC)³⁰. A mayor abundamiento, podemos afirmar que el *principio de relatividad de los contratos* (art. 1257 CC) nada o muy poco tiene que ver con el tema objeto del litigio (la responsabilidad del propietario-arrendador frente a los subarrendatarios por la extinción de los subarriendos).

arrendatario-subarrendador que renuncia a su derecho antes de que transcurra el plazo de vigencia del subarriendo porque no existe prueba alguna de que en el contrato de subarriendo «el arrendatario-subarrendador se hubiese obligado a no desistir en cualquier momento y por su sola voluntad del contrato de arrendamiento que le ligaba con la propiedad del inmueble».

³⁰ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000, p. 264.

Cierto es que también parte de la doctrina utiliza el artículo 1257 CC (*principio de relatividad*) como argumento para negar, con carácter general, la posibilidad material de que los derechos de crédito puedan ser lesionados por los actos de los terceros, así como para afirmar que éstos no están obligados a respetar los derechos de crédito ajenos (negando, a su vez, la responsabilidad de los terceros por la lesión del derecho de crédito ajeno)³¹. La utilización por parte de un sector doctrinal del artículo 1257 CC en esta materia, es lo que ha llevado al Tribunal Supremo a afirmar que estamos en presencia de una excepción al *principio de relatividad*. Reiteramos que ello nos parece un planteamiento discutible.

No es nuestro propósito realizar un examen pormenorizado del *principio de la eficacia relativa de los contratos* (art. 1257 CC)³². Sin embargo, sí creemos necesario realizar unas breves consideraciones sobre el mismo, para demostrar que el *principio de relatividad* no guarda ninguna relación con el tema de la responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito ajeno³³.

Quienes acuden al *principio de relatividad de los contratos* para negar la posibilidad de que los terceros puedan lesionar derechos de crédito ajenos, tienen razón cuando afirman que sólo el deudor, conforme al artículo 1257 CC, puede cumplir el contenido del derecho de crédito. Ahora bien, ello no significa que los terceros no puedan realizar actos que impidan el cumplimiento del derecho de crédito. Dicho con otras palabras, el derecho de crédito no sólo puede ser lesionado o vulnerado por el deudor, sino que también los terceros pueden realizar conductas que causen su lesión³⁴.

Por otra parte, se afirma que los derechos de crédito, al contrario de lo que sucede con los derechos reales, son totalmente indiferentes para los terceros, pues no existe un deber general de abstención o respeto³⁵. Esta idea de la falta de relevancia de los derechos de crédito frente a los terceros se sustenta

³¹ Entre otros, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: «Concepto de fraude civil» (conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 29 de marzo de 1965), *AAMN*, tomo XVI, p. 215, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *RJC*, 1962, I, p. 589.

ENNECERUS, L., KIPP, T., WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil* (traducido y anotado por Pérez González, B., Alguer, J.), tomo II (Derecho de obligaciones), segunda parte, 3.ª edición, Barcelona, 1966, pp. 1049, 1050 y 1059, afirman que el deudor es el único sujeto que puede cumplir e incumplir un derecho de crédito.

³² Para un estudio en profundidad del citado principio, véase, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000.

³³ En nuestro caso, la responsabilidad del propietario-arrendador (*Inverlo*, S. A.) frente a los subarrendatarios por la extinción de los subarriendos.

³⁴ Entre las distintas hipótesis que existen de lesión de un derecho de crédito por acto de tercero citamos las siguientes: a) la muerte del deudor de una obligación personalísima por acto del tercero; b) la destrucción de la cosa objeto de la prestación por la conducta del tercero; c) la celebración de un contrato entre el *deudor* y el tercero que conlleve necesariamente el incumplimiento del primer contrato celebrado por el deudor.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido expresamente en numerosas sentencias que un derecho de crédito ha sido violado como consecuencia de la conducta de un tercero [en este sentido, entre otras, SSTs de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90), 29 de octubre de 1955 (ar. 3090), 4 de mayo de 1973 (ar. 2291), 24 de octubre de 1990 (ar. 8045) y 20 de marzo de 1995 (ar. 1965)].

³⁵ En este sentido, entre otros, FAIRÉN, M.: «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», *RDN*, 1959, núm. 23, p. 192; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *RJC*, 1962 (I), pp. 588 a 591.

principalmente en el denominado *principio de relatividad* contenido en el artículo 1257 CC.

A nuestro juicio, ello no es acertado. Es innegable que, conforme al artículo 1257 CC, los derechos de crédito sólo obligan o vinculan al acreedor y al deudor. Sin embargo, del citado precepto no puede deducirse que los terceros tengan plena libertad para realizar actos que lesionen el interés patrimonial del titular de un derecho de crédito³⁶. No debemos olvidar que los derechos de crédito son derechos subjetivos que forman parte del patrimonio de una persona y, por tanto, merecedores de la protección que el ordenamiento jurídico ofrece frente a los ataques o violaciones ilícitas³⁷. Siguiendo al profesor Díez-Picazo podemos afirmar que la existencia de un *deber de respeto frente a los derechos ajenos* no es una característica peculiar de los derechos reales, sino que se da también en los derechos de crédito, así como respecto de la totalidad de los derechos subjetivos. En todos aquellos casos en los que el derecho de crédito sea violado por un tercero distinto del deudor (por ejemplo: violación del derecho derivado de un contrato con cláusula de exclusiva, de un derecho de opción, etc.), el acreedor lesionado podrá reclamar al tercero, si se dan los requisitos exigidos por el artículo 1902 CC, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos³⁸.

³⁶ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J.: *Lecciones de Derecho civil*, (traducción del francés por Luis Alcalá-Zamora Castillo), parte primera, volumen I, Buenos Aires, 1959, pp. 267, 415, 416, 420 y 421, distinguen en la obligación, de manera acertada, entre el *vínculo* y la *oponibilidad*. Afirman que la obligación no vincula a los terceros, es decir, los terceros no son ni acreedores ni deudores. Ahora bien, la obligación sí resulta oponible a los terceros, no pudiendo éstos desconocer su existencia y siendo responsables solidarios cuando colaboren en la lesión de un derecho de crédito ajeno.

MADRIDEJOS SARASOLA, J.: «El perjuicio del crédito por acto de tercero», *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Madrid, 1962, p. 574, afirma que el derecho de crédito forma parte del patrimonio del acreedor y que los terceros no están obligados a cumplir su contenido, pero sí que están obligados a respetarlo. En términos similares se pronuncia FERNÁNDEZ ARÉVALO, A.: *La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996, pp. 344 a 346.

³⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: «Derecho de crédito», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, volumen II, Madrid, 1995, p. 2223, expresa esta idea cuando afirma que «el respeto al derecho de crédito, como el respeto a cualquier bien jurídico, corresponde a todos y por ello el acreedor puede hacer valer su titularidad también eventualmente contra terceros, pero no puede exigirles la prestación [...], o puede (*el acreedor*) demandar para exigir responsabilidad extracontractual a un tercero que haya lesionado su crédito». (La cursiva es nuestra.)

En el mismo sentido, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L.: «Comentario del artículo 1257 del Código civil», *Comentario del Código civil* (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Codérch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, p. 434; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, volumen II, Barcelona, 1993, p. 1469; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, 1958, p. 147; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: «El perjuicio del crédito por acto de tercero», *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Madrid, 1962, p. 574; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia (Secretariado de Publicaciones), Murcia, 1989, p. 854.

³⁸ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, 5.ª edición (segunda en Civitas), Madrid, 1996, p. 63, y MORALES MORENO, A. M.: *Prólogo al libro «La venta de la cosa arrendada» de Pilar Benavente Moreda*, Madrid, 1998, pp. 19 a 22.

En términos similares, ESPINAR LAFUENTE, F.: «Sobre la distinción entre derechos reales y obligacionales», *RGLJ*, 1962, p. 618, y FAIRÉN, M.: «Derechos reales y de crédito. Apuntes dogmáticos para el estudio de su distinción», *RDN*, 1959, núm. 23, p. 197.

En conclusión, en nuestra opinión, la responsabilidad en la que incurre el propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) por la extinción de los subarrendos no es una excepción al *principio de relatividad de los contratos* (art. 1257 CC), sino que dicha responsabilidad encuentra su fundamento en la violación por parte del propietario-arrendador del *principio general de no dañar a otros* y del denominado *deber general de respeto a los derechos ajenos*.

3.2 EL CONOCIMIENTO POR PARTE DEL PROPIETARIO-ARRENDADOR DE LA EXISTENCIA DE LOS SUBARRENDOS

El segundo y principal argumento que esgrime el Tribunal Supremo para declarar la responsabilidad del propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) frente a los subarrendatarios por la extinción de los subarrendos es el conocimiento que aquél tenía de la existencia de los contratos de subarriendo y de sus cláusulas.

Acierta plenamente nuestro Alto Tribunal al afirmar que «el propietario-arrendador no respondería si fuera desconocedor de la situación perjudicial que se origina a los subarrendatarios», pero que sí responde de los daños y perjuicios causados a éstos cuando conoce la existencia del derecho ajeno e incluso se pactan «cláusulas apaciguadoras» en virtud de las cuales el propietario-arrendador admite que «se podrán establecer nuevos acuerdos con los subarrendatarios en condiciones económicas aceptables».

Todo ello nos demuestra que el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de febrero de 2002 (ar. 2002/1381) [al igual que en la STS de 14 de octubre de 1997 (ar. 1997/7464)] está reconociendo que en nuestro Ordenamiento está vigente el denominado *deber de respeto de los derechos ajenos* y que la violación por parte de los terceros del mencionado *deber de respeto* puede generar el nacimiento de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC), dando lugar a lo que se conoce como *tutela aquiliana de los derechos de crédito*³⁹. Ahora bien, debemos hacer

Por su parte, FERNÁNDEZ ARÉVALO, Á.: *La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996, p. 25, afirma que «la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo, como situación jurídica creada y reconocida por el ordenamiento, imputable a un tercero, genera para este sujeto la obligación de reparar el daño causado». En idéntico sentido se pronuncian, entre otros, MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual», *Actas de Derecho Industrial*, tomo XV, 1993, p. 36; y VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia (Secretariado de Publicaciones), 1989, pp. 850 y 851.

³⁹ En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, BUSTO LAGO, J. M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, p. 112; CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho civil de España*, tomo I (edición facsímil), Madrid, 1984, pp. 591 a 594; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, volumen I, 5.ª edición (segunda en Civitas), Madrid, 1996, p. 63; FERNÁNDEZ ARÉVALO, Á.: *La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996, p. 340; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, 1958 (20), pp. 145 y 150; MASSAGUER FUENTES, J.: «Inducción a la infracción contractual», *Actas de Derecho Industrial*, tomo XV, 1993, p. 36 (el citado autor expone la misma idea en «Comentario al artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal», *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 1999, p. 403); MORALES MORENO, A. M.: *Prólogo al libro «La venta de la cosa arrendada» de Pilar Benavente Moreda*, Madrid, 1998, pp. 19 a 22, y RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Valencia, 1994, p. 160.

una matización importante: no siempre que un tercero lesione un derecho de crédito ajeno, éste va a responder de los daños y perjuicios causados a su titular; el tercero sólo será responsable cuando conozca o, dadas las circunstancias, no pueda desconocer la existencia del derecho de crédito ajeno.

3.3 EL PROPIETARIO-ARRENDADOR ¿INCURRE EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EN RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL?

El Tribunal Supremo en la sentencia que estamos comentando guarda silencio sobre si la responsabilidad del propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) es contractual o extracontractual.

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que en el Fundamento de Derecho segundo se declara que la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1997 (ar. 7464) se utiliza «a modo de motivación “por remisión”». Razón por la cual debemos acudir a la misma para conocer qué es lo que dispone nuestro Alto Tribunal sobre dicha cuestión.

El Tribunal Supremo en la citada sentencia de 1997 (Fundamento de Derecho quinto) afirma que el propietario-arrendador «responde solidariamente de los daños, sea por extensión de los efectos del artículo 1101, sea como mantiene un sector doctrinal “*ex artículo 1902 del Código civil*”». Dicha afirmación nos causa sorpresa. No porque declare responsable al propietario-arrendador (lo cual nos parece correcto), sino porque no fija cuál es la naturaleza de la responsabilidad de éste.

Parece entender nuestro Alto Tribunal que el propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) puede ser responsable tanto por la vía de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC) como por la vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC). Hemos de señalar que no compartimos la citada solución. Consideramos que el propietario-arrendador no puede responder conforme a las normas de la responsabilidad contractual por las razones que exponemos a continuación:

a) El propietario-arrendador tiene respecto de los contratos de subarriendo la condición de tercero. Ello significa, por tanto, que los citados contratos no generan para él ni derechos ni obligaciones.

b) El propietario-arrendador es responsable no por haber incumplido los contratos de subarriendo (no es parte contratante de los mismos), sino por haber violado el *deber general de no dañar los derechos ajenos*.

Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido en numerosas sentencias la existencia en nuestro Ordenamiento de la *protección aquiliana del crédito* frente a las ataques injustificados de los terceros [entre otras, SSTS de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90), 26 de abril de 1927 (Colección Legislativa núm. 186), 29 de octubre de 1955 (art. 3090), 28 de mayo de 1956 (art. 2449), 4 de mayo de 1973 (art. 2291), 19 de noviembre de 1982 (art. 6551), 30 de mayo de 1986 (art. 2918), 24 de octubre de 1990 (art. 8045), 20 de marzo de 1995 (art. 1965), 13 de febrero de 1997 (art. 944) y 14 de octubre de 1997 (art. 7464)].

Por todo ello, concluimos que, a nuestro juicio, el propietario-arrendador (*Inverlo, S. A.*) responde de los daños y perjuicios causados a los subarrendatarios por la extinción de los subarriendos conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)⁴⁰.

⁴⁰ En los casos de lesión de un derecho de crédito por acto de tercero, la doctrina, de forma mayoritaria, considera que el tercero responde conforme a las normas de la responsabilidad extracontractual [véase, entre otros, FERNÁNDEZ ARÉVALO, Á.: *La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996, p. 343; GULLÓN BALLESTEROS, A.: «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», *RDN*, 1958 (20), pp. 153 y 154; MADRIDEJOS SARASOLA, J.: «El perjuicio del crédito por acto de tercero», *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, Madrid, 1962, pp. 586 y 587; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: «El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero», *RJC*, 1962, I, pp. 598 a 601, y VATTIER FUENZALIDA, C.: «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia (Secretariado de Publicaciones), Murcia, 1989, pp. 845 a 857].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también considera, de manera prácticamente unánime, que la responsabilidad del tercero que con su conducta lesiona un derecho ajeno es de carácter extracontractual (art. 1902 CC). [En este sentido, entre otras, SSTS de 23 de marzo de 1921 (Colección Legislativa núm. 90), 26 de abril de 1927 (Colección Legislativa núm. 186), 29 de octubre de 1955 (ar. 3090), 28 de mayo de 1956 (ar. 2449), 4 de mayo de 1973 (ar. 2291), 19 de noviembre de 1982 (ar. 6551), 30 de mayo de 1986 (ar. 2918), 20 de marzo de 1995 (ar. 1965), 13 de febrero de 1997 (ar. 944) y 14 de octubre de 1997 (ar. 7464).]

La STS de 24 de octubre de 1990 (ar. 8045) mantiene la tesis contraria; esto es, considera que el tercero responde por la lesión del derecho ajeno (en este caso se trataba de un derecho de opción de compra) conforme a las normas de la responsabilidad contractual (arts. 1101 ss. CC). Ello, a nuestro juicio, es totalmente erróneo [en este mismo sentido, CAÑIZARES LASO, A.: «Tanteo y opción. Frustración del interés del titular del derecho (Comentario a la STS. Sala 1.ª - 24 de octubre de 1990)», *ADC*, 1991, fascículo II, p. 935; y GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: «Comentario a la sentencia de 24 de octubre de 1990», *CCJC*, 1990, núm. 24, pp. 1139 y 1140].

Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Notas introductorias.*—II. *Algunas reflexiones en torno al daño moral derivado del incumplimiento contractual.* II.1 Límites a la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento de un contrato: A) Adopción de un concepto amplio de daño moral. B) Adopción de un concepto estricto de daño moral. C) Aplicación exclusiva de las reglas de la responsabilidad civil contractual. II.2 Distinción entre el daño patrimonial y el daño moral.—III. *Conclusión.*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

¿Puede una pareja recién casada solicitar una indemnización por los daños morales sufridos por el incumplimiento defectuoso del servicio de banquetes, o la futura novia a la que no se le entrega a tiempo el traje para su boda por el servicio de limpieza contratado? ¿Cabe que el arrendatario reclame la reparación pecuniaria de los daños morales que le ha originado la ruptura intempestiva de su contrato de arrendamiento, o el comerciante que no realiza a tiempo un encargo para su cliente más importante debido al incumplimiento previo por su distribuidor? ¿Es posible que el viajero al que se le asigna una habitación de una calidad bastante inferior a la contratada pida una indemnización por los perjuicios morales al organizador, o que lo haga el viajero que sufre un retraso de varias horas en el vuelo que ha concertado debido a intereses particulares de la compañía aérea? Mi interés por este tema de la indemnizabilidad del daño moral derivado del incumplimiento contractual tiene su origen en la lectura de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre del 2002¹, que se integra dentro de un grupo de resolu-

¹ RJ 2002. 9736.

ciones (¿cada vez más minoritario en la actualidad?) que parecen suponer un cierto freno a determinada tendencia jurisprudencial que admite sin límites la reparación pecuniaria del daño moral al acreedor tras el incumplimiento definitivo, defectuoso o tardío de un contrato.

Los hechos de esta resolución, pronunciada y firmada por los señores Almagro Nosete, Gullón Ballesteros y O'Callaghan Muñoz, son los siguientes: La empresa de actividades turísticas sita en Canarias, «Hervideros, S. A.», alega la producción de ruina funcional al amparo del artículo 1591 del Código Civil ante las filtraciones y humedades causadas por la mala impermeabilización de la edificación consistente en apartamentos turísticos y reclama que se realicen tales obras de impermeabilización aún pendientes, que se le indemnicen los daños y perjuicios materiales por valor de 5.719.372 pesetas y, por último, que se le indemnice también por el lucro cesante y los daños morales. En concreto, el lucro cesante asciende a 1.980.000 pesetas y el daño moral se estima en 3.500.000 pesetas. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Arrecife de 19 de enero de 1995 desestima la demanda presentada y absuelve al contratista. La sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria de 5 de diciembre de 1996, revocando la resolución dictada en primera instancia, declara probada la ruina en sentido amplio, en cuanto los desperfectos (las humedades en los apartamentos) hacen inútil la cosa para la finalidad que le es propia y declara probado que tales desperfectos son consecuencia de una incorrecta impermeabilización. Condena al contratista a que indemnice a la actora-apelante la cantidad de 5.719.372 pesetas por las reparaciones efectuadas por la misma y la cantidad global de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales, condenando también a la demandada a que realice a su costa las obras de impermeabilización aún pendientes de hacer y presupuestadas en 759.000 pesetas. Frente a esta sentencia la constructora demandada, «Yuco Construcciones, S. A.», interpone recurso de casación basándose en tres motivos. Los dos primeros se refieren a la indemnización fijada por el daño moral y el tercero alega infracción del artículo 1591 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo aplica. Finalmente, el Supremo ha lugar al recurso de casación de la empresa constructora y casa y anula la sentencia de la Audiencia en el único sentido de eliminar la condena de 5.480.000 pesetas en concepto de lucro cesante y daños morales sufridos por la actora y sustituirla por la condena a 1.980.000 pesetas como lucro cesante, absolviendo a la constructora en cuanto a la reparación del daño moral².

Esta sentencia parece considerar que la solución a la cuestión de la indemnizabilidad del daño moral derivado del incumplimiento contractual

² Los hechos, como puede apreciarse, suceden antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre. De todas formas, para la solución de este caso en el punto relativo a los daños morales daría igual que la Ley de Ordenación estuviera en vigor, ya que tal ley sólo contempla los perjuicios materiales que afecten directamente al edificio y no los espirituales. Véase CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC*, fascículo II, 2000, p. 433. De manera que si se solicitan los daños morales a los agentes de la edificación por la lesión, por ejemplo, de la integridad física de alguno de los ocupantes de los pisos por ruina del edificio deberá hacerse en la actualidad a través del artículo 1591 del Código Civil. Ello es una muestra más de que este precepto del Código Civil no ha quedado totalmente derogado a partir de la entrada en vigor de esta ley, sino que, como dice Díez-PICAZO, L.: «Ley de Edificación y Código Civil», *ADC*, fascículo I, 2000, p. 14, hay una «parcial supervivencia» de este precepto.

coincide en esencia con la realización de una revisión del concepto de tal daño, en cuanto mantiene que el concepto de perjuicio moral es «claro y estricto; no comprende aspectos del daño material» y que «hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona»³. Desde luego en la actualidad no tiene sentido ya discutir la indemnizabilidad del daño moral contractual con carácter general (la reparación del daño moral es una cuestión admitida sin objeciones, una vez superados los prejuicios de antaño consistentes en que la reparación de lesiones a derechos de la personalidad implica en cierto modo un comercio de la persona⁴), pero sí puede y debe ponerse en tela de juicio la aceptación indiscriminada por buena parte de nuestros tribunales de la reparación del daño moral ocasionado a raíz del incumplimiento de un contrato, tendencia que se apoya probablemente en una ampliación excesiva de la noción de daño moral⁵. Quizá sea discutible que el freno a esta tendencia jurisprudencial pase, como hace la sentencia citada, por la adopción de una noción tan estricta de daño moral, pero este artículo sólo busca reflexionar acerca de los diversos caminos que hoy por hoy señalan ciertos límites a la reparación del perjuicio moral tras el incumplimiento contractual. Límites que se imponen como imprescindibles, sobre todo si se tiene en cuenta, como se analiza después, que con la reparación del daño moral muchas sentencias buscan o bien evitar una prueba difícil de determinados daños patrimoniales (en la mayoría de los casos los únicos existentes) o bien castigar al causante del daño (cuando en nuestro ordenamiento es prácticamente unánime la afirmación de que la responsabilidad civil no cumple una función punitiva)⁶.

II. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

La STS de 31 de octubre de 2002 tiene, al menos, dos aspectos elogiables: uno de ellos es, como he indicado ya, la fijación de unos límites a la reparación del daño moral resultante del incumplimiento de un contrato a través, eso sí, de la delimitación del concepto de daño moral, en concreto, mediante la adopción de una noción estricta de tal tipo de daño. El segundo acierto, que se estudia posteriormente en este trabajo aunque con menos detenimiento, consiste en la realización de una separación tajante entre el daño patrimonial (en concreto, el lucro cesante) y el daño moral, en cuanto capítulos diferentes a la hora de señalar una indemnización. Analizo a continuación cada uno de estos aspectos.

³ Probablemente hubiera sido más adecuado el uso del término derechos o bienes de la personalidad, aunque quizá el tribunal considera equivalente tal expresión con la de derechos inmateriales. Pero, ¿hay tal equivalencia?

⁴ El punto de partida en nuestra jurisprudencia para la superación de los prejuicios existentes se produce, como es conocido, en la famosa STS de 6 de diciembre de 1912, circunscrita al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Véase el comentario a la misma de Díez-PICAZO, L. en *EJC*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 110-112.

⁵ Esta ampliación excesiva del concepto de daño moral es puesta de relieve por Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 102 y 239-240.

⁶ *Idem*, cit., p. 324.

2.1 Límites a la indemnización del daño moral que resulta del incumplimiento de un contrato

Existe una primera dirección que, en la medida en que acoge sin más un concepto amplio y vago de daño moral, no supone ningún freno a la reparación del daño moral derivado de contrato: es posible indemnizar el disgusto o aflicción que deriva de cualquier incumplimiento contractual. Por el contrario, otras dos posturas sí tratan de marcar límites en esta materia, pero divergen en cuanto al punto de partida elegido, una, define a priori el daño moral y defiende un concepto estricto de este tipo de daño; otra, simplemente aplica las reglas generales de la responsabilidad civil contractual, sin delimitar la noción de perjuicio moral.

A) Adopción de un concepto amplio del daño moral

El creciente aumento en nuestro ordenamiento de las resoluciones judiciales que admiten la indemnización del daño moral contractual tiene su razón de ser en buena medida en la identificación del daño moral con el dolor, el sufrimiento o el padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado. A la admisión de un concepto amplio del perjuicio moral ha de añadirse la relajación de la carga de la prueba de los daños sufridos y la presunción de que éstos existen una vez producido el incumplimiento contractual (quiebra, por tanto, del principio de que «el solo incumplimiento no genera el deber de indemnizar») ⁷. Siempre que hay un incumplimiento contractual sin duda el acreedor sufre un disgusto, una intranquilidad y una ansiedad puesto que tenía unas expectativas claras que son frustradas por el comportamiento del deudor. Pero si se identifica el daño moral con el mero dolor o la ansiedad por la insatisfacción y la frustración de las expectativas, todo incumplimiento contractual generaría este tipo de daño y la reparación sería prácticamente automática, como de hecho es patente en muchas de las resoluciones judiciales dictadas en los últimos años ⁸. Un ejemplo muy claro de ello es la STS de 31 de mayo de 2000, cuando en su fundamento de derecho segundo considera que «la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico» (con cita de las sentencias de 22 de mayo de 1995, de 19 de octubre de 1996 y de 24 de septiembre de 1999) ⁹. Don Jordi E. S. reclama 70.000 dólares USA, o su equivalente en pesetas, a la compañía aérea «Trans World Airlines Incorpora-

⁷ Véase al respecto PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, p. 587.

⁸ IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1984», *CCJC*, núm. 5, 1984, p. 1642, MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 51, y MOSSET ITURRASPE, J., y NOVELLINO, N.: *Derecho de Daños (la prueba en el proceso de daños)*, tercera parte, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 139.

⁹ La línea seguida por el Tribunal Supremo es considerar como anticuada y superada la construcción del daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad. Así predomina hoy la idea del daño moral como impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad.

ted» (TWA) por los daños materiales y morales sufridos como consecuencia del retraso de ocho horas padecido por el vuelo TWA 900 que le trasladó el 13 de septiembre de 1989 desde el aeropuerto John Fizerald Kennedy de Nueva York a Barcelona, previa escala en Lisboa. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 9 de junio de 1994 estima parcialmente la demanda y condena a la entidad TWA a pagar al actor los gastos ocasionados durante el viaje como consecuencia de la espera, así como las molestias, incomodidades y tensiones soportadas en concepto de daños morales, que se fijan alzadamente en un millón de pesetas. La sentencia de la Audiencia Provincial de 24 de mayo de 1995 estima en parte el recurso interpuesto por TWA reduciendo la condena por daños morales a la suma de 250.000 pesetas, con mantenimiento del resto de los pronunciamientos de la condena, y desestima el interpuesto a su vez por don Jordi. La demandada, TWA, plantea recurso de casación con fundamento en que la sentencia recurrida aplica de forma incorrecta la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en materia de daños morales. No ha lugar al recurso de casación y el Supremo considera que en principio puede ser indemnizable la aflicción producida por un retraso en un transporte aéreo al adoptarse en la jurisprudencia cada vez una noción más amplia de daño moral. Ahora bien, es cierto que esta sentencia trata de matizar esta conclusión en cuanto da la razón a la parte recurrente en casación cuando ésta señala que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo», de ahí que más tarde exija que la aflicción o la perturbación sean de cierta entidad, aunque no especifica cuál es la entidad exactamente que debe alcanzar la aflicción para constituir daño moral¹⁰. Parece que pesan en su decisión de indemnizar el daño moral la no justificación del retraso (se debe a un mero interés particular de la compañía aérea de trasladar a Lisboa un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en tal ciudad), la importancia del retraso (el número de horas), la prepotencia de la compañía que no da una explicación razonable de la demora, la inquietud por llegar al hogar después del viaje de novios y la preocupación por la pérdida de un día de trabajo¹¹. Por tanto, estamos ante una sentencia que acoge la reparación del daño moral derivado de incumplimiento contractual (seguramente doloso) por medio de una noción amplia de daño moral, aunque con cierta moderación (al exigir una entidad del daño y una gravedad en el incumplimiento).

Otro ejemplo de adopción de un concepto amplio de daño moral es la STS de 12 de julio de 1999¹². Doña Esperanza A. S. demanda a don Matías Manuel S. H., a don José A. C., a don Juan Francisco S. Q., a don Francisco Javier G. J. y a la compañía «CYP Inmobiliaria, S. A.», pidiendo la resolución del contrato de compraventa de la vivienda adquirida por la actora en la

¹⁰ Por ello, dice ESPIAU ESPIAU, S.: «Comentario a la STS de 31 de mayo de 2000», *CCJC*, núm. 54, 2000, p. 1282, que «pese a suscribir este “criterio aperturista” no por ello deja la sentencia de advertir prudentemente frente a la “generalización de la posibilidad indemnizatoria”».

¹¹ *Ídem*, cit., pp. 1283-1284. *Espiau Espiau* indica que la importancia y la no justificación del retraso no constituyen tanto requisitos para la indemnización del daño moral cuanto requisitos del incumplimiento contractual. Por otra parte, no deja de llamar la atención que el Supremo atienda exclusivamente a la dimensión moral de los perjuicios sufridos por el demandante y no se refiera a las consecuencias económicas del incumplimiento contractual, que las hubo, como la pérdida de un día de trabajo.

¹² *RJ* 1999, 4770.

urbanización «Conjunto Imperial de Toledo», la devolución del precio entregado y la indemnización de los daños y perjuicios, todo ello por valor de 10 millones de pesetas, más los intereses legales, por el defecto de cabida existente en el inmueble adquirido de, aproximadamente, doce metros cuadrados. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que sólo entra a examinar la demanda respecto a la compañía inmobiliaria, es revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de condenar a la entidad al abono a la actora de la cantidad pagada por el objeto litigioso, todos los gastos del adquirente por el contrato de compraventa y un millón de pesetas en concepto de daños morales derivados de la resolución del contrato, sin que el montante económico de estos tres capítulos pueda exceder de 10 millones de pesetas y los intereses legales, a contar desde la interposición de la demanda, de la cantidad resultante de sumar las tres partidas anteriores. La compañía inmobiliaria interpone recurso de casación, entre otros motivos, porque la sentencia de instancia condena a la indemnización de un millón de pesetas por daños morales. El Supremo no ha lugar al recurso de casación de la inmobiliaria y, en concreto, en su fundamento de derecho segundo, considera que los daños morales «representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada...». Pero, ¿no estamos aquí ante claros daños patrimoniales, como pueden ser los gastos que lleva consigo el traslado momentáneo a otro lugar hasta la elección de una vivienda definitiva (por ejemplo, si alquila un inmueble o si el trabajo está a un distancia mucho mayor que la casa que compra en primer lugar –gastos de transporte–) o incluso el aumento del precio de las viviendas? El denominador común de algunos de estos daños patrimoniales es que son difíciles de cuantificar. Por otra parte, creo que es cuanto menos dudoso que el daño moral causado (incomodidad, molestia) sea previsible para la inmobiliaria en el momento de contratar (en caso de que el comportamiento de ésta no sea doloso).

La identificación del daño moral con un sufrimiento o una situación de ansiedad que lleva a considerar indemnizable la lógica frustración que supone todo incumplimiento contractual no creo que constituya una solución sensata, con independencia además de que la responsabilidad civil por daño moral sería fuente de multitud de demandas de indemnización arbitrarias y hasta ridículas¹³.

B) *Adopción de un concepto estricto de daño moral*

Ya he constatado cómo la STS de 31 de octubre de 2002 participa de aquella corriente doctrinal que acota la reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual mediante la adopción de una noción estricta de tal daño. Desde esta perspectiva queda restringido el daño moral a los sufrimientos o perturbaciones de carácter psicofísico que derivan de lesiones de derechos de la personalidad, de manera que esta posición concluye que como regla general no hay

¹³ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral», *ADC*, 1966, pp. 98 y 104. Considera GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 305, que para salvar el peligro de la reparación de perjuicios morales que sean insignificantes e irrelevantes juega un papel fundamental la jurisprudencia, que debe detectar y calibrar la relevancia del daño moral alegado por el acreedor cuando exija la indemnización de daños y perjuicios.

daño indemnizable por las perturbaciones psicofísicas que una persona pueda sufrir como consecuencia de incumplimientos contractuales, excepto en aquellos supuestos en que el incumplimiento de la prestación contractual comprometa lesión de derechos subjetivos de la personalidad del acreedor¹⁴. Cabe mencionar numerosas convenciones que afectan de modo directo o indirecto a derechos o bienes de la personalidad del acreedor. En primer lugar, hoy son válidos los contratos cuyo objeto inmediato son este tipo de derechos (por ejemplo, venta de memorias por un famoso a una revista, o deportistas que ceden su derecho a la imagen a una empresa)¹⁵ o que afectan de modo directo a bienes de la personalidad (por ejemplo, médico que en el curso de una operación causa lesiones al paciente¹⁶). En segundo lugar, podemos pensar en muchos contratos cuyo incumplimiento daña, al menos de forma secundaria, derechos de la personalidad. Así, transportista que causa de modo imprudente lesiones a los viajeros, mandatario que no custodia con diligencia papeles íntimos del mandante, comerciante que sufre un quebranto en su buen nombre profesional al no recibir de su distribuidor los objetos que había asegurado entregar a varios clientes...

Es difícil no estar de acuerdo con la postura del Supremo en su sentencia de 31 de octubre de 2002, en la medida en que deniega la indemnización del daño moral en cuanto en este supuesto concreto no existe lesión de un derecho de la personalidad del acreedor. Quizá pudiera pensarse que está en juego el crédito profesional de la sociedad de actividades turísticas que pretendía vender o alquilar a una serie de turistas unos apartamentos y que no cumple sus compromisos al resultar éstos inservibles para el uso al que iban destinados¹⁷.

¹⁴ Mantiene esta posición Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños...*, cit., pp. 328-329 (de todas formas este autor entiende que además de delimitar la noción de daño moral es preciso aplicar el test del art. 1107 del Código Civil para concluir la reparación del daño moral derivado de incumplimiento contractual. Véase su obra *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 688). También es partidario de esta concepción del daño moral SCOGNAMIGLIO, R.: «Danno morale», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 5.º, UTET, Torino, 1968, pp. 147-148.

¹⁵ Véase más ampliamente esta posibilidad en el artículo de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H: «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *ADC*, 1994, pp. 31 ss. Este autor matiza que el objeto de los contratos sobre la imagen o la intimidad de las personas no es un derecho fundamental, sino un derecho patrimonial, pero que ello no impide que en el transcurso de ese contrato sean efectivamente lesionados por un incumplimiento de la convención la imagen o la intimidad en cuanto derechos fundamentales (especialmente pp. 54 ss.).

¹⁶ Una clara muestra es la reciente STS de 29 de noviembre de 2002 (*La Ley*, de 24 de diciembre de 2002, pp. 7 ss.). El médico demandado practica al demandante la extirpación de un tumor y tras una serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico le practica una nueva intervención, en la que retira un trozo de gasa que había quedado dentro en la primera operación. Tras esta segunda intervención, el demandante, joven de treinta y cuatro años, presenta unas secuelas irreversibles, que dan lugar a una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, que tienen una indiscutible incidencia en su vida personal y familiar. El Supremo admite la indemnización de los daños morales derivados del incumplimiento de los servicios médicos sufridos a consecuencia de las secuelas irreversibles causadas en la segunda operación. Esta sentencia se enmarca dentro de una línea de resoluciones más progresivas en torno a la responsabilidad civil médica: por una parte, considera aplicable como fundamento de la responsabilidad el artículo 28.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios por daños causados por servicios sanitarios (responsabilidad civil objetiva, pues, para el profesional de la medicina y no sólo para los centros sanitarios) y, por otra parte, inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor de la víctima (el médico no acredita que las secuelas tuvieran una causa ajena a la segunda actuación médica).

¹⁷ Parece que hoy debe considerarse que el prestigio profesional forma parte del derecho al honor del artículo 18.1 CE. Véase al respecto los trabajos de SALVADOR

Pero los hechos recogidos en la resolución no permiten extraer semejante conclusión, es decir, tal descrédito. En cualquier caso, y respecto a la sentencia de la que ahora se trata, no creo que la naturaleza de la relación obligatoria –contrato de obra– le imponga al constructor, en relación con la prestación, un especial deber de protección de evitar el desprestigio profesional de la empresa dedicada a actividades turísticas. Sin duda, en la negativa del Supremo a reparar los daños morales a la empresa promotora ha podido pesar el dato de que la demandante de tal indemnización sea una persona jurídica. No obstante, parece que las dudas sobre este extremo tan discutido hace ya tiempo (si las personas jurídicas sufren daños morales) han de quedar desvanecidas, al menos a la luz de la jurisprudencia, a partir de que se dictara la STC 139/1995, de 26 de septiembre en la que se reconoce el derecho al honor del artículo 18.1 CE a las personas jurídico-privadas (en concreto a una sociedad mercantil)¹⁸. Incluso una sentencia muy reciente (STS de veinte de febrero de 2002)¹⁹ contiene un pronunciamiento expreso favorable a que una persona jurídica (también una sociedad mercantil) pueda sufrir daños morales (ello implica, sin duda, como indica la propia resolución, la adopción de un concepto aún más amplio de daño moral no reducible a sufrimientos o padecimientos de ánimo)²⁰.

Desde luego, otras resoluciones judiciales participan también de esta línea de pensamiento que acoge un concepto estricto de daño moral que, como consecuencia, limita la indemnización del perjuicio moral derivado de contrato. Una muestra de ello es la STS de 30 de julio de 2001²¹. A principios de 1991 una sociedad promotora («Promotora Vascongada, S. A.») encarga a un letrado (don Ramón I. A.) la defensa de sus intereses frente a los inquilinos de la planta baja de una casa propiedad de dicha sociedad. En concreto, el letrado se encarga de la preparación, redacción e interposición de la demanda de resolución del contrato de arrendamiento y deshaucio del local de negocio frente a los arrendatarios. Durante la tramitación de este juicio, la sociedad promotora vende el local a otra sociedad, pero no le comunica tal venta al letrado. Cuando los autos se encontraban a punto de su resolución en primera instancia, la parte demandada acredita la transmisión del inmueble a la entidad «Sodepro Inmobiliaria, S. A.», por escritura fechada el 31 de enero de 1992 y se dicta sentencia desestimando la demanda por apreciación de la excepción dilatoria de falta de legitimación activa. El letrado dirige un escrito a la sociedad, con fecha de 9 de septiembre de 1992, donde le recrimina la falta de comunicación sobre la citada compraventa, desiste unilateralmente del contrato de arrendamiento de servicios y le anuncia la remisión de la minuta por los honorarios devengados en el juicio de deshaucio. Don Ramón,

CODERCH, P.: «Comentario a la STS de 25 de febrero de 1991», *CCJC*, núm. 26, 1991, pp. 409-411, y «Comentario a la STC 40/1992, de 30 de marzo», *CCJC*, núm. 30, 1992, p. 787.

¹⁸ De hecho, el interrogante sobre si una persona jurídica es susceptible de daños morales no supone otra cosa que cuestionarse la posibilidad de que la persona jurídica ostente derechos distintos de los puramente patrimoniales. Véase al respecto la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la STC 139/1995, de 26 de septiembre, que mantiene una línea uniforme de afirmación del derecho al honor por las personas jurídicas, en mi artículo «*Quid* de nuevo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas?», *LL*, tomo II, 2000, pp. 1614 ss.

¹⁹ *RJ* 2002, 3501.

²⁰ Puede leerse mi comentario a la misma en la *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002-2, pp. 361 ss.

²¹ *RJ* 2001, 5183.

al negarse la sociedad a pagarle la cantidad solicitada, demanda tanto a «Promotora Vascongada, S. A.» como a la sociedad compradora del local de negocio. El Juzgado de Primera Instancia acoge en parte la demanda y condena a la primera a abonar al actor la cantidad de 5.099.000 pesetas en concepto de daños materiales (honorarios del letrado, minutas de una agencia de detectives y del procurador), pero absuelve a la otra codemandada y no indemniza los daños morales solicitados por el letrado debido a la ocultación por las demandadas de hechos trascendentales para la defensa de sus derechos y debido a que le hicieron trabajar en vano. La sentencia es confirmada por la Audiencia y don Ramón I. A. interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación planteado por el letrado frente a la sentencia de apelación y, en concreto, en su fundamento de derecho quinto confirma la no reparación de los daños morales, en cuanto «la situación derivada de la falta de comunicación alegada no encaja en el concepto de daños morales, que son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, esto es, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales...». Por consiguiente, para resarcir al letrado recurrente de las tareas inútiles por omisión del aviso del contrato de compraventa basta retribuirle los honorarios profesionales correspondientes a sus servicios de asistencia jurídica en el juicio de deshaucho para el que fue contratado. Una vía más adecuada, aunque también con escasas probabilidades de éxito, dadas las circunstancias del caso, hubiera sido que el abogado planteara la demanda invocando la existencia de daños morales a consecuencia del descrédito profesional que le supone la pérdida del litigio por una omisión de información por parte de su cliente (pero, ¿podría probar tal descrédito?).

Hay otras resoluciones que no son tan explícitas a la hora de definir el daño moral en cuanto sufrimiento resultante de la lesión de un derecho de la personalidad, pero, sin embargo, a la hora de resolver el supuesto acogen de modo implícito tal concepción. Cabe citar en este grupo las SSTs de 24 de septiembre de 1999 y de 10 de junio de 2002²². En la primera de ellas el Supremo estima que deben indemnizarse los daños morales sufridos por una mujer que se queda embarazada tras la aplicación en un centro médico de un dispositivo intrauterino anticonceptivo defectuoso e inadecuado. A pesar de que el tribunal habla de la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios (que se aproxima a un contrato de arrendamiento de obra al perseguirse un resultado concreto), la indemnización se concede en virtud del artículo 1902 del Código Civil. Apunta la idea (confirmada después por la STS de la Sala 3.ª de 3 de octubre de 2000, en su fundamento 5.º²³) de que el daño moral en los supuestos de anticoncepciones fallidas deriva de la lesión de la libertad de procrear («... daño al frustrar las expectativas de no desear el embarazo de la interesada, con atentado efectivo a su decisión de gestación...») y «... e imponer situaciones contrarias al don de la libertad, como uno de los más anhelados por el hombre»). Sin duda, como se ha apuntado por autorizadas voces doctrinales²⁴, en estos casos de anticoncepciones fallidas es mucho más acertado concebir el daño moral como lesión de la libertad de procrear (en cuanto manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad

²² Pueden encontrarse, respectivamente, en *RJ* 1999, 7272 y en *RJ* 2002, 4982.

²³ *RJ* 2000, 7799.

²⁴ MARTÍN CASALS, M., y SOLÉ i FELIU, J.: «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos». *InDret*/03/2001. www.indret.com.

del art. 10.1 CE) que considerar la existencia del hijo no deseado como un daño moral. En segundo lugar, en la STS de 10 de junio de 2002, doña Carmen B. M. y una sociedad mercantil encargada de la explotación de nichos celebran un contrato que daba derecho a la primera al uso de un nicho durante cincuenta años. La señora introduce los restos del marido en el nicho y cumple los requisitos legales exigidos (entrega de la cantidad inicial, colocación de lápida...). Debido a la actuación negligente de algún empleado de la sociedad privada se extravía el expediente y, por la ausencia del mismo, se vacía el nicho y son arrojados a la fosa común los restos que contiene. Ante la alegación de la sociedad recurrente de que no han existido daños morales, el Supremo confirma el razonamiento de la sentencia de apelación que considera que el incumplimiento lleva consigo una clara lesión de las creencias religiosas de la demandante, con el consiguiente daño psíquico. A mi juicio, otro derecho de la personalidad distinto al de la libertad religiosa también pudiera haber sido aquí el invocado, en concreto el derecho sobre el cadáver de la persona. A falta de disposiciones especiales de la última voluntad del fallecido suele reconocerse el derecho de los parientes próximos a establecer el destino del cadáver (inhumación, incineración...) ²⁵.

Esta concepción más estricta del daño moral no está exenta de críticas. Por una parte, resulta difícil identificar todos los bienes dignos de protección cuya lesión puede generar el deber de indemnizar, y, por otra parte, impide de hecho la reparación de aquellos perjuicios no patrimoniales consecuencia del incumplimiento contractual que no recaen sobre derechos tipificados legalmente (honor, intimidad, imagen, vida, salud, integridad) ²⁶. Efectivamente, el freno a la tendencia indiscriminada a reparar el daño moral contractual mediante esta concepción restrictiva del daño moral, aunque aporta una indudable y en general deseada seguridad jurídica (además de facilitar la demostración de que efectivamente ha habido un daño, en cuanto éste se liga a la lesión de un derecho de la personalidad), tiene el coste de excluir de la reparación a perjuicios que afectan a intereses personales revestidos de cierta importancia según las convicciones sociales dominantes, pero que no constituyen bienes de la personalidad en sentido estricto. Pensemos, por ejemplo, en los daños morales que puede sufrir una familia cuando el viaje para el que han estado trabajando todo el año queda frustrado en el último momento por una negligencia de la organizadora del mismo. Quién duda de que el placer que una persona experimenta en su tiempo de ocio o durante sus vacaciones sea un bien de gran estima en la actualidad.

C) *Aplicación exclusiva de las reglas de la responsabilidad civil contractual*

Se ha apuntado una vía intermedia ²⁷, según la cual la exclusión de los perjuicios no patrimoniales que recaen en valores de afección que no constituyen bienes de la personalidad debe hacerse por otra vía distinta a la definición que se haga a priori del concepto de daño moral. Ha de hacerse, pues, por la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual (en particular, se sostiene que la efectiva indemnizabilidad del daño moral está en función

²⁵ Sobre tal derecho, véase DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 10.ª edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 332.

²⁶ PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., cit., p. 585.

²⁷ *Ídem*, cit. p. 585.

de que satisfaga el test del artículo 1107 del Código Civil²⁸). Este nuevo planteamiento que ahora se abre requiere el análisis de dos cuestiones: la primera, nuestra normativa reguladora de la responsabilidad contractual sólo constituirá un criterio válido para discernir qué daños morales son indemnizables y cuáles no, si los artículos 1101 y siguientes del Código Civil permiten, o al menos no se oponen a la reparación del daño moral. En segundo lugar, en caso de que se concluya que tales preceptos son un criterio válido, es necesario preguntarse cómo se aplica el criterio de la previsibilidad del artículo 1107 del Código Civil al ámbito de los daños morales y si basta tal criterio para determinar qué daños morales son indemnizables.

En primer lugar, pues, el articulado de nuestro Código Civil, ¿permite, o al menos no se opone de forma categórica a la indemnización del daño moral contractual? Tanto el artículo 1106 como el artículo 1107 del Código Civil reglamentan de forma conjunta el resarcimiento del daño²⁹. El primero de ellos se ocupa de la determinación de qué daños son indemnizables, mientras que el segundo se ocupa de la extensión del daño resarcible³⁰. Por consiguiente, el artículo 1106 se presenta en principio como el más adecuado para responder a la cuestión general de si el daño moral está excluido del ámbito de la responsabilidad contractual, ya que el artículo 1107 se dedica a la limitación de los daños desde el punto de vista cuantitativo, pero no desde el punto de vista cualitativo, es decir, no desde la perspectiva de la naturaleza del daño. Por ello, y entrando ya en el análisis del artículo 1106 del Código Civil, parece que los redactores del mismo no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sólo en el patrimonial³¹. Este precepto encierra un concepto economicista del daño contractual en el que en principio no encaja el daño moral, puesto que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido dañado, entendido el patrimonio como un conjunto de

²⁸ CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1107 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 703. Según PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., *cit.*, p. 585 la justificación del recurso a las normas de la responsabilidad contractual está en que «en ausencia de un criterio normativo que proporcione unos contenidos determinados de intereses protegibles, hay que atenerse a un concepto fáctico, que se refiera descriptivamente a hechos y que dependa de condiciones de hecho».

²⁹ Artículo 1106 del Código Civil: «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

Artículo 1107 del Código Civil: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

³⁰ ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de: «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.ª edición, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 45.

³¹ Cuando García Goyena, F., comenta el artículo 1015 del Proyecto de 1851 («se reputan daños y perjuicios el valor de la pérdida que haya experimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta sección»), se limita a señalar que daños y perjuicios se refieren tanto al daño emergente como al lucro cesante, pero en la estimación de estos dos conceptos nunca deberá entrar en ella el precio de afección particular, sino el común y corriente de la cosa. Véase *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, tomo III, Madrid, 1852, p. 50.

bienes materiales³². En esta línea, la doctrina y la jurisprudencia españolas clásicas siempre han entendido que este precepto se refiere de forma exclusiva a los daños patrimoniales, movidos por la lógica coherencia con el espíritu de los redactores del Código Civil³³. Efectivamente, nuestro artículo 1106 del Código Civil se inspira en el Código Civil francés (en su precepto 1149). En este sentido, cuentan Mazeaud (H y L) y Tunc, que los redactores del Código Civil francés eran hostiles a la reparación del daño moral en materia contractual. La razón de su hostilidad se debe a que Domat y Pothier, cuyas opiniones siguieron fielmente, se negaban categóricamente a reparar el daño moral en el ámbito contractual, en cuanto estos autores creían ajustarse en este punto al Derecho Romano. En realidad se equivocaban, ya que numerosos textos, que ellos ignoraban, demuestran que el Derecho Romano no hizo ninguna distinción en cuanto al daño moral entre la responsabilidad contractual y la delictual³⁴.

En consonancia con esta explicación histórica, alguna voz doctrinal ha señalado que el cauce más indicado para la indemnización del daño moral derivado de un incumplimiento contractual no es el artículo 1106 del Código Civil, sino el artículo 1902 del mismo cuerpo legal; según esta opinión doctrinal no es una cuestión de apego excesivo al tenor literal de un precepto, sino que la admisión del resarcimiento de un daño no patrimonial dentro de la responsabilidad contractual exigiría un replanteamiento del mismo concepto de obligación regulado en el Código Civil³⁵. Esta línea de pensamiento permite evocar uno de los argumentos clásicos que se han esgrimido en contra de la reparación del daño moral contractual, argumento que se pregunta cómo compatibilizar la exigencia de una patrimonialidad en la prestación contractual con el carácter no económico que ha de representar por esencia el daño moral: si el objeto de la obligación es una prestación de naturaleza patrimonial, la inejecución de la prestación sólo puede producir daños patrimoniales y ello impide que haya daños morales derivados del incumplimiento contractual al quedar al margen de la relación jurídico-obligatoria los intereses y bienes morales. Ahora bien, en su momento ya se contesta a tal objeción señalando que aunque la prestación ha de ser patrimonial y susceptible de valoración económica, ello no quita que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica³⁶. Una cosa es el contenido de la prestación y otra cosa distinta los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación, que pueden ser bienes o intereses de naturaleza no patrimonial. En una posición más novedosa, se ha mantenido que caben incluso prestaciones de contenido extrapatrimonial, ahora bien, han de integrarse en una relación obligatoria que siempre posee un carácter objetivamente patrimonial³⁷.

³² En este sentido, IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1984»..., cit., p. 1637.

³³ A título ejemplificativo, en la doctrina GAYOSO ARIAS, R.: «La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo», *Revista de Derecho Privado*, 1918, tomo V, p. 330. En la jurisprudencia, la STS de 24 de mayo de 1947 (*RJ* 1947, 631), para quien el tenor literal del artículo 1106 del Código Civil se refiere a menoscabos económicos.

³⁴ *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual*, tomo I, volumen I, traducción de la quinta edición por Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pp. 466-467.

³⁵ ESPIAU ESPIAU, S.: «Comentario a la STS de 31 de mayo de 2000»..., cit., p. 1286.

³⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: «La responsabilidad por daño moral»..., cit., p. 88.

³⁷ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*..., cit., pp. 88-89.

He dejado claro que efectivamente nuestro artículo 1106 del Código Civil no alude más que al daño material. Pero, teniendo en cuenta que la realidad social ha cambiado, que ya no existe una repugnancia a compensar el daño a bienes de inestimable valor, ¿cabe una interpretación actual del artículo que permita incluir el daño moral en su articulado? No sólo creo que quepa, sino que es necesaria, que la impone una correcta aplicación de la Constitución de 1978. A raíz del texto constitucional, hay una protección clara de la persona, una tutela que recae tanto en sus bienes e intereses económicos como en sí misma, de manera que todo el Derecho de Obligaciones debe sufrir ciertas modificaciones, ya que en la época del Liberalismo se atiende fundamentalmente a la protección del patrimonio. De ahí que se explique, por una parte, el espíritu economicista de que está revestido nuestro Derecho de Obligaciones, configurado por el legislador para regular las relaciones entre particulares que tuvieran una proyección económica y, por otra, que esta preocupación marcadamente patrimonial ha impregnado al menos desde la Codificación el Derecho Civil (de manera que nunca se ha protegido de la misma forma a la persona en cuanto tal que a su patrimonio, contradiciéndose con ello la finalidad esencial que posee esta rama del ordenamiento)³⁸. Por tanto, del espíritu constitucional se desprende que cuando las reglas civiles mandan indemnizar la pérdida derivada del incumplimiento del contrato, ha de entenderse en la actualidad comprendido tanto la reparación del daño causado a los bienes, al patrimonio, como a la persona misma, es decir, a sus ámbitos físico y psíquico³⁹.

Otros argumentos que pueden alegarse a favor de una interpretación actual del artículo 1106 que permita incorporar al mismo el daño moral son los siguientes: por una parte, constituye una ayuda a favor de la inclusión del daño moral el hecho de que este artículo contiene términos generales y amplios, así puede entenderse que en la palabra «daño» están comprendidos tanto el daño patrimonial como el moral⁴⁰. Y, en concreto, la expresión «pérdida» del precepto admite cualquier privación de un bien, sea material o moral, acorde con la definición de pérdida de la Real Academia Española: «carencia, privación de lo que se poseía»⁴¹. Por otro lado, aunque este precepto se refiere únicamente al daño material, su finalidad no ha sido desde luego la exclusión de su ámbito del daño no patrimonial, de hecho no hay una exclusión expresa de este tipo de perjuicio. Al revés, se ha mantenido que el sentido de esta norma es una inclusión, su objetivo único ha sido dejar claro frente a las dudas que se suscitan en la tradición precodificada que el lucro cesante también se indemniza («no sólo... sino también»). En absoluto ha

³⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: *El daño moral*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 220-223.

³⁹ *Idem*, cit., p. 83.

⁴⁰ CRISTÓBAL MONTES, A.: «El daño moral contractual», *RDP*, 1990, p. 10.

⁴¹ En este mismo sentido, MAZEAUD, H y L, y TUNC, entienden que la palabra pérdida del artículo 1149 del Código Civil francés («*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après*») no ha de traducirse necesariamente por pérdida de dinero, al revés, resulta posible hablar de pérdida en un sentido amplio, de manera que quepa la disminución sufrida en el patrimonio moral. Al utilizar este precepto la expresión «en general» (de la que nuestro art. 1106 carece) estos autores estiman que los redactores del precepto sólo quisieron referirse a la situación ordinaria como la regla general, esto es, aquella en la que el perjuicio experimentado es pecuniario, pero cabe excepcionalmente la reparación del daño moral sufrido por el acreedor. Véase *Tratado Teórico y Práctico...*, cit., p. 465.

pretendido significar que el daño emergente y el lucro cesante sean los límites del resarcimiento del daño contractual⁴².

Por último, no existen preceptos en nuestro ordenamiento como el artículo 2059 del Código Civil italiano o el parágrafo 253 del BGB, que limitan la indemnización del daño no patrimonial a los casos expresamente previstos por la ley⁴³. Al carecer nosotros de un precepto semejante es posible admitir la indemnización del daño moral contractual aunque no haya una determinada norma del Código Civil que lo indique de forma explícita.

Una vez visto que no hay obstáculo teórico a la aplicación en general de las normas de la responsabilidad civil contractual al daño moral, debe analizarse, en segundo lugar, cómo juega el test del artículo 1107 del Código Civil en la reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual. Ha de estudiarse en cada caso concreto la finalidad de la prestación perseguida

⁴² CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1106 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, 1989, p. 669. Entiende que tampoco excluye el artículo 1106 del Código Civil el daño moral contractual Lacruz Berdejo (dir): *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, tomo II, vol. 1.º, 2.ª edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2000, p. 209.

⁴³ La consecuencia de las normas señaladas es que tanto en el ordenamiento italiano como en el alemán se han visto obligados a ampliar la categoría del daño patrimonial para reducir los supuestos no indemnizables. En el ordenamiento italiano, véase al respecto CIAN e TRABUCCHI: «Comentario al artículo 2059 del Código Civil», *Comentario Breve al Codice Civile*, 5.ª edición, Cedam, Milano, 1997, p. 1972, y FORCHIELLI, P.: «Danno morale e danno biologico», *Rivista di Diritto Civile*, 1990, tomo II, p. 17. También la jurisprudencia alemana ha considerado como patrimoniales daños de calificación dudosa para escapar a la regla limitativa del parágrafo 253 BGB. Así, por ejemplo, se considera daño patrimonial el que afecta a un interés jurídico para cuyo logro el acreedor ha tenido que realizar un esfuerzo traducible en términos de coste, como la disminución del disfrute vacacional para cuya obtención el trabajador había invertido todo el año. Véase MARKESINIS, B. S., y UNBERG, H.: *The German Law of Torts, A Comparative Treatise*, fourth edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, pp. 940-941 y las sentencias del BGH de 10 de octubre de 1974 (*NJW* 1975, I. *Halbband*, p. 40) y de 12 de mayo de 1980 (*NJW*, 1980, *Heft* 36, p. 1947). Pero tras la vigencia de la *Reiservertragsgesetz* de 4 de mayo de 1979, parece que la jurisprudencia empieza a considerar la frustración de las vacaciones por incumplimiento del contrato de viaje como un bien inmaterial. Una información detallada en GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje combinado*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1998, pp. 244 ss. No obstante, en el ordenamiento alemán ha habido una reciente variación. Aunque se mantiene todavía el principio de especialidad del parágrafo 253 BGB, de tal forma que es necesaria una disposición que prevea expresamente la indemnización de los daños no patrimoniales, hasta la actual segunda ley de reforma del Derecho de Daños alemán (*Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*) sólo el parágrafo 847 BGB preveía la indemnización de los daños no patrimoniales en la responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia. Con la nueva reforma se extiende la indemnización del daño moral o no patrimonial a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo. En concreto, la introducción de un párrafo 2.º en el parágrafo 253 BGB parece presuponer la admisión de la indemnización del daño no patrimonial o moral en la responsabilidad contractual. La nueva redacción del parágrafo 253 BGB es la siguiente: (1) *Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.* (2) *Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Sachschadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.* Sobre el particular, CAHN, A.: *Einführung in das neue Schadensersatzrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2003, p. 93, y, en general, sobre la reforma alemana, LAMARCA I MARQUÉS, A. y, RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de Daños». *Indret*/3/2002, www.indret.com.

por las partes en el momento de la celebración del contrato⁴⁴, de esta manera se concluirá si la relación obligatoria le imponía al deudor especiales deberes de diligencia o de protección tendentes a evitar aquel daño⁴⁵. Dicho de otra forma: en virtud del contrato que celebran, qué intereses no patrimoniales del acreedor ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. Ahora bien, no sólo hay que analizar los intereses que se prevén proteger de modo expreso en el contrato, sino también aquellos intereses cuya necesidad de tutela se encuentra incorporada al contrato de modo implícito⁴⁶. Ello exige la integración del contenido de cada contrato mediante los criterios de la buena fe, los usos y la ley establecidos en el artículo 1258 del Código Civil⁴⁷. El juego de estos tres conceptos, entendidos en un sentido amplio, permitirá decidir que han de ser reparados por el acreedor intereses afectivos no calificados como derechos de la personalidad, pero que son, sin duda, considerados dignos de tutela jurídica a la luz de las convicciones sociales actuales. Así, es indemnizable la pérdida del disfrute vacacional cuando la agencia de viajes incumple sus compromisos con el acreedor (en una sociedad como la nuestra en la que tanta importancia han adquirido el tiempo libre y el ocio). No lo es, en cambio, el desasosiego mental que al propietario le causa ver su casa construida con grietas o la angustia de verse obligado a abandonar su vivienda por la construcción defectuosa. El contrato de obra no le impone como regla general al constructor un deber de protección de tal desasosiego mental o de tal angustia (salvo, quizá, y siempre que no sea una consecuencia remota, que haya habido dolo en el cumplimiento defectuoso o en el incumplimiento); sí, por supuesto, que pague los gastos ocasionados al propietario por el arreglo del defecto o por el traslado momentáneo a otra vivienda. No lo entiende así la STS de 22 de noviembre de 1997⁴⁸, para quien es adecuada la indemnización concedida en las dos primeras instancias a cada uno de los propietarios de un edificio que tienen que desalojar sus viviendas de forma temporal ante los graves defectos de la construcción: «... hubo de procederse, consecuencia del incremento de los vicios constructivos que afectaban al edificio, a su desalojo, con los consiguientes quebrantos no sólo económicos, sino morales, para los propietarios ocupantes, que adquirieron los pisos para que les sirvieran de morada segura y no sometida a las consecuencias negativas de una defectuosa construcción» (fundamento 3.º) y «... situación angustiosa de las familias que se vieron obligadas a abandonar sus viviendas, por unas obras defectuosas graves, en las que no tuvieron participación alguna y han de sufrir una grave frustración y anormalidad en el desarrollo de sus actividades de moradores ocupacionales de los pisos» (fundamento 3.º). Esta sentencia, además de la indemnización de los daños morales, también confirma la reparación de los daños económicos derivados del desalojo (no sólo traslados y arrendamientos, sino también el resto de los gastos materiales que

⁴⁴ PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., cit., p. 585.

⁴⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II..., cit., p. 688.

⁴⁶ En este sentido se pronuncia YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 164.

⁴⁷ Artículo 1258 del Código Civil: «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».

⁴⁸ RJ 1997. 8097.

de ahí derivan). En idéntico sentido la STS de 31 de mayo de 1983⁴⁹, que confirmando la decisión de la Audiencia, repara los daños morales al propietario ocasionados por el forzoso abandono de la vivienda que se había derrumbado: «... daño moral representado por la intempestiva y dramática alteración de la pacífica normalidad de la vida hogareña que los demandantes sufrieron y que para cada uno se fija en la constante cantidad de 60.000 pesetas» (fundamento 4.º *in fine*).

¿Es suficiente el criterio de la previsibilidad del daño moral para que éste sea reparado? (me refiero, claro, a los casos en que no hay incumplimiento doloso, ya que si hay dolo no se aplica tal criterio). Además de que el daño sea previsible en el momento de contratar, parece que ha de exigirse que tenga una cierta entidad. La importancia o gravedad del daño moral se deberá analizar por el tribunal teniendo en cuenta, o bien las circunstancias del caso, o bien el tipo de incumplimiento ante el que nos encontremos, porque, por ejemplo, la insatisfacción provocada en el cliente porque el hotel no le sirve el desayuno diario que había contratado puede ser previsible para el organizador, pero realmente podría discutirse que hubiera realmente daño moral ante un defecto tan leve⁵⁰.

Ésta parece ser la dirección del *Common Law*, ordenamiento que, aunque mantiene que como regla general los contratos afectan a materias económicas y que el mero sufrimiento derivado del incumplimiento no se contempla por las partes como riesgo negocial, sin embargo admite la indemnización de los *non-pecuniary losses* en algunas hipótesis siempre que sea razonablemente previsible que resulten del incumplimiento⁵¹. De esta forma se ha concedido la reparación en casos en que el incumplimiento del contrato lleva consigo para el demandante una sustancial inconveniencia psíquica o una molestia y en casos en que hay una lesión personal de la que deriva un dolor⁵². Un ejemplo ya clásico es el caso *Hobbs v. London and South Western Railway Company* (1875). El demandante, con su mujer y con su hijo compraron un billete para ser trasladados en un tren de medianoche de Wimbledon a Hampton Court, que era donde ellos vivían. Fueron llevados a Esher, donde tuvieron que caminar varias millas a su casa en una noche bastante húmeda. Se sostuvo por el tribunal que el demandante debía ser reparado con cierta cantidad para compensarle de la molestia de haber tenido que andar a su casa, pero no se le indemnizan los gastos médicos a su esposa, que cogió un catarro, en cuanto se trata de una consecuencia demasiado remota⁵³. Otro ejemplo es *Cox v. Philips Industries* (1976), en el que un empleado demanda a sus empleadores por incumplimiento de contrato y es indemnizado por la depresión causada por el hecho de que en el trabajo le relegan a un puesto de inferior categoría⁵⁴.

⁴⁹ RJ 1983, 2956.

⁵⁰ En semejante sentido se pronuncia GÓMEZ CALLE, E.: *El contrato de viaje combinado...*, cit., p. 250, cuando señala que el daño moral procedente de la frustración de un viaje combinado sólo es indemnizable cuando hay un incumplimiento total o un incumplimiento gravemente defectuoso por parte del organizador, entre otras cosas, porque difícilmente será acreditable un daño moral ocasionado por un defecto leve.

⁵¹ CHITTY: *On Contracts*, vol. I, 23 edición, Sweet & Maxwell, London, 1968, p. 1461.

⁵² MCGREGOR: *on Damages*, 16 edición, Sweet & Maxwell, London, 1997, pp. 54-57.

⁵³ Véase ANSON'S: *Law of Contract*, 23 edición, At The Clarendon Press, Oxford, 1971, pp. 518-519.

⁵⁴ MCGREGOR: *on Damages...*, cit., p. 57.

Sumamente curiosa resulta en nuestro ordenamiento la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 7 de junio de 2002⁵⁵. De acuerdo con el tribunal cabe la resolución contractual *ex* artículo 1124 del Código Civil de un contrato de arrendamiento de obra consistente en el encargo por los novios a un fotógrafo profesional de un reportaje fotográfico de su boda. Los defectos en el cumplimiento de la prestación son de tal entidad que impiden el normal fin del contrato: el resultado del trabajo no cubre mínimamente las racionales expectativas de quien contrata a un profesional para que realice el reportaje de su boda. Fuera de las siete primeras páginas del primer álbum de los tres convenidos el resto «es lo que vulgarmente se denomina una chapuza, tanto por la falta de calidad de las fotografías y del revelado, como por la presentación del reportaje en unos álbumes de ínfima categoría, que no se acomodan al precio convenido, y con las fotografías pegadas directamente a las páginas de cartulina, de una forma que produce abarquillamiento, solución imperfecta que revela la defectuosa praxis utilizada en toda la elaboración del reportaje...», «pues el resto de ese álbum y de los otros dos, no alcanzan las expectativas de calidad, orden, presentación y cobertura general del acontecimiento, requeridas razonablemente de un profesional al que se le encarga el reportaje». Tampoco cabe la alegación por parte del demandado de que las fotografías responden a un estilo personal que le ha hecho famoso en cuanto la mayoría de las fotografías que se realizan el día de la boda las hace su mujer, porque él está haciendo otro reportaje a la misma hora. El tribunal señala que la imposibilidad física de la repetición de las fotos comporta un evidente daño moral, tal y como evalúa y concede la sentencia de primera instancia. Indudablemente, éste es un claro caso en que la adopción de esta tercera posición intermedia, que acoge el criterio de la previsibilidad del daño como el determinante para la reparación del daño moral derivado de contrato, permite su indemnizabilidad⁵⁶. En el momento de la celebración del contrato el fotógrafo puede prever que hay un claro interés afectivo del acreedor ligado a la consecución de la prestación (la protección de tal interés forma parte implícitamente del contrato en virtud del principio de buena fe del artículo 1258 del Código Civil). Parece que se trata además de un perjuicio de cierta entidad, como se desprende de la resolución, tanto por la gravedad del incumplimiento (defectuoso que hace imposible cumplir el fin perseguido por las partes) como por las circunstancias del caso (se trata de un momento único para la vida de una persona, que ya no puede repetirse). ¿Qué ocurriría si existiesen otras fotos (por ejemplo, de amigos...) (extremo que desde luego no se menciona en los hechos)? Probablemente podría considerarse que el daño moral es menor y que ello repercutiera en la cuantía de la indemnización.

Indudablemente, esta postura última que comento, en cuanto no define a priori el daño moral, sino que aplica de forma exclusiva las normas de la responsabilidad civil contractual, está también acogiendo, aunque sea de forma implícita, un concepto amplio de daño moral. Las ventajas ya se han apuntado, es decir, permite reparar intereses extrapatrimoniales de gran valor según las concepciones sociales actuales que, aunque no elevados a la categoría de derechos de la personalidad, merecen una tutela del ordenamiento. Los peli-

⁵⁵ LL, 23 de octubre de 2002, pp. 15-16.

⁵⁶ Por el contrario, si se acoge un concepto estricto de daño moral en cuanto dolor o sufrimiento ligado a la lesión de derechos de la personalidad por supuesto no ha lugar a ninguna indemnización: ¿qué derecho de la personalidad de los novios queda aquí dañado?

gros de tal opción son igualmente claros, se pierde en seguridad jurídica; por consiguiente, se deja en buena medida a la labor judicial la determinación de la existencia de un daño moral relevante y sobre todo la determinación de si la lesión de tal interés no patrimonial del acreedor está dentro de los riesgos que ha querido o ha debido asumir el deudor.

II.2 Distinción entre el daño patrimonial y el daño moral

A esta distinción entre el daño moral y el daño patrimonial, segundo acierto de la STS 31 de octubre de 2002, dedicaré un breve comentario. En esta resolución se critica por el Supremo que la sentencia impugnada por el recurrente incluye dentro de la cuantía indemnizatoria, como un todo, el lucro cesante y el daño moral, sin explicar ni motivar además el daño moral. Con ello corrige, por una parte, esta errónea tendencia mantenida por nuestros tribunales de englobar en una cifra única daños patrimoniales y daños morales sin que al final logre conocerse la determinación concreta de cada uno de ellos y los criterios empleados al respecto⁵⁷. Por otra parte, con este deslinde de la indemnización del lucro cesante como un capítulo separado del daño moral se evita una cierta línea jurisprudencial que utiliza el daño moral según conviene en cada momento y que esconde otros conceptos indemnizatorios, como el propio daño patrimonial cuando éste no puede probarse pero se sabe con certeza que existe⁵⁸. Un ejemplo de esta dirección judicial equivocada es la conocida STS de 9 de mayo de 1984, que es la primera que admite la reparación pecuniaria del daño moral derivado del incumplimiento contractual⁵⁹. Don Adolfo Serra Babiera solicita que se le indemnicen los daños morales sufridos a causa de la omisión por la Compañía Telefónica en su guía de 1977 de su nombre, apellidos, profesión de abogado, dirección y número de teléfono, tanto en la parte alfabética como en las páginas amarillas. Estos datos habían figurado en todas las guías de la provincia de Lérida desde 1960, en que el demandante firma con la compañía un contrato de suplemento publicitario. La omisión fue subsanada en las guías de los años posteriores. En concreto solicita la indemnización de un millón de pesetas por los daños morales y la retirada de todas las guías telefónicas de la provincia de Lérida del año 1977. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando a la Compañía Telefónica al pago como indemnización de la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial estima el recurso de apelación interpuesto por la Compañía Telefónica, a la que absuelve de cualquier demanda. El demandante interpone recurso de casación y el Supremo ha lugar al mismo confirmando la sentencia de primera instancia. Entiende el Tribunal Supremo que aquí están en peligro «la fama, el prestigio, la nombradía profe-

⁵⁷ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños...*, cit., p. 324.

⁵⁸ VICENTE DOMINGO, E.: «El daño», *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Reglero Campos (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 80. GÓMEZ POMAR, F.: «Daño moral», *Indret/1/2000*, www.indret.com, señala además que este enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños.

⁵⁹ Aunque es cierto que ya las SSTS de 26 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 1534) y de 7 de diciembre de 1979 (*RJ* 1979, 4119) acogen de forma implícita el principio de la resarcibilidad del daño moral contractual, en la medida en que en ambas se niega la indemnización únicamente por falta de prueba del hecho generador del presunto daño moral, pero no por su ubicación en el marco contractual.

sional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela». Dudo que en este caso específico esté en juego el derecho al honor en su faceta de prestigio profesional a causa de la omisión negligente por parte de la Compañía Telefónica del nombre y profesión del demandante. Si atendemos al tenor literal del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que protege el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, ¿a través de qué «acciones o expresiones se imputan hechos o se manifiestan juicios de valor que lesionan de cualquier modo la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»? A mi juicio, no hay derecho moral que indemnizar al no existir una intromisión ilegítima en el derecho al honor⁶⁰. Ahora bien, ello no quita, como también indica la propia sentencia, que la omisión en la guía del año 1977 entrañe una incertidumbre en la gente en cuanto a su baja o cesación profesional, traducible lógicamente en una minoración de clientela y, por consiguiente, en unas ganancias dejadas de percibir. Es decir, lo que en realidad tenemos delante es un problema de lucro cesante. Al ser de difícil prueba el número de clientes y en especial la cantidad de ingresos que ha podido perder tras la omisión la sentencia del Tribunal Supremo recurre al camino más cómodo de indemnizar el daño moral, sin hacer alusión a este otro capítulo⁶¹.

Otro ejemplo significativo de esta tendencia a indemnizar el daño moral para lograr la reparación del daño patrimonial, que es el efectivamente producido pero cuya prueba ofrece gran dificultad, es la STS de 15 de febrero de 1994⁶². Una joven estudiante de Derecho celebra con «Yago School Limited» un contrato de estudios en el extranjero para el curso correspondiente al verano de 1982 (aprendizaje de inglés en Irlanda). En su publicidad el centro educativo ofrece dentro del precio un seguro individual para cada alumno que cubre durante el curso todo tipo de enfermedades, accidentes y medicinas. El seguro no se concierta finalmente. En julio de 1982 la joven es atropellada en Dublín por un vehículo y sufre lesiones tan graves que fallece en el acto. La madre, en cuanto tal y sucesora universal, reclama a «Yago School» la cantidad de 4 millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños morales derivados del fallecimiento de su hija. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, la Audiencia Provincial rebaja la cantidad indemnizatoria y la demandante interpone recurso de casación ante el Supremo. El tribunal acepta la indemnización del daño moral contractual cuando afirma que el incumplimiento por parte de «Yago School» consistente en la no concertación de un seguro individual por alumno ha ocasionado un daño moral indemnizable. Pero, en realidad, frente a lo que sostiene el Supremo, el incumplimiento de la Academia lo que ha ocasionado no es el daño moral que sufre la madre (el dolor de ésta deriva del fallecimiento de su hija a causa del accidente de circulación, que hubiera igualmente sucedido aunque la entidad hubiera concertado el seguro) sino que el incumplimiento origina un daño patrimonial consistente precisamente en la cuantía que hubiera podido cobrarse a cargo del seguro que no se hizo, daño patrimonial de no fácil concreción, porque es difícil evaluar la cuantía de la suma que se hubiera

⁶⁰ Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., p. 688 llega a idéntica conclusión, pero la argumentación es diversa en la medida que entiende que el descrédito comercial o profesional no es un bien de la personalidad, sino un bien de carácter patrimonial. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, A.: «Comentario al artículo 1106 del Código Civil»..., cit., p. 703.

⁶¹ IGARTUA ARREGUI, F.: «Comentario a la STS de 9 de mayo de 1984»..., cit., p. 1640.

⁶² RJ 1994. 1308.

garantizado para el caso de muerte⁶³. En cualquier caso, la madre siempre podría dirigirse para reclamar los daños morales al que atropella a su hija.

Volviendo a nuestra sentencia en examen (STS de 31 de octubre de 2002), no parece, a pesar de que el Supremo suele mantener una postura bastante reacia y restrictiva a la indemnización del lucro cesante, que aquí haya duda sobre la existencia de tal ganancia dejada de percibir, y, en concreto, la repara en la cantidad de 1.980.000 pesetas. Probablemente, los contratos de venta o alquiler de los apartamentos ya se hubiesen concertado con los turistas, pero, en cualquier caso, al tratarse la demandante de una persona dedicada a la venta o arrendamiento de inmuebles, con una cierta experiencia, es fácil calcular las ganancias perdidas si se toma en consideración el promedio de las ganancias obtenidas en los años anteriores con negocios similares.

III. CONCLUSIÓN

La conclusión que cabe extraer de tal sentencia, como he comentado antes, es que conduce a un resultado acertado en cuanto supone un freno a esta tendencia judicial que acepta de manera indiscriminada la reparación del daño moral derivado de contrato. Pero, claro, el camino que sigue para ello, es decir, la adopción de una noción rigurosa de daño moral (en cuanto aquel que resulta de la lesión de derechos de la personalidad), supone un coste para aquellos intereses no patrimoniales dignos de protección tanto por su entidad como por su previsibilidad para el deudor en el momento de contratar, que, sin embargo, no son en sentido estricto derechos de la personalidad.

⁶³ En este sentido, PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 15 de febrero de 1994»..., cit., pp. 576-577, 580 y 590.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, Rosario DÍAZ ROMERO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA**

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. La retroactividad de la ley no afecta a las consecuencias ya consumadas.—Aunque la DT 2.ª segunda de la Ley 3/1992 dispone que la misma es de aplicación retroactiva a los poderes testamentarios otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, con evidencia la retroactividad ha de referirse a aquellos que hayan de ser utilizados a partir de la entrada en vigor de la misma, pero no a los extinguidos con anterioridad, como ocurre con el caso del debate, porque la retroactividad legal se proyecta plenamente sobre las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad, pero no a las consecuencias ya consumadas (STS de 20 de abril de 1991).

La validez de la prórroga del poder testamentario o alkar poderoso era una costumbre *praeter legem* antes de la vigencia de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco.—La costumbre de que se trata fue generada posiblemente por efecto de las reminiscencias de la anterior regulación permisiva, y así llegó a los tiempos actuales; al respecto es clarificador lo antes apuntado

de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992 sobre la ordenación actual de *alkar poderoso* en esta materia.

Con indicación a la prórroga, esta Sala entiende que nos encontramos ante una costumbre *praeter legem* y, por consiguiente, admitida legalmente (art. 1.3 CC). (STS de 12 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS: La demandante solicitaba, entre otros pronunciamientos, que se declarase la nulidad del poder testatorio conferido por su padre fallecido a su madre, al haber sido utilizado por ésta después de que caducase, al haber transcurrido un año y un día desde que el menor de los hijos del testador alcanzase la mayoría de edad. Aunque los demandados presentaron su contestación a la demanda fuera de plazo y les fue devuelta, el Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que era válida la prórroga indefinida del poder contemplada en el testamento, por tratarse de una costumbre que tenía un gran arraigo en el lugar, decisión que confirmaron la Audiencia Provincial y el TS. (L. F. R. S.)

2. Aplicación del Derecho extranjero.—El Derecho extranjero es una cuestión de hecho que corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca (SSTS de 11 de mayo de 1989 y 3 de marzo de 1997). Si el contenido de las normas sustantivas aplicables de dicha ley extranjera no es acreditado por ninguna de las partes, procederá resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (entre otras muchas, SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 13 de diciembre de 2000). Por otra parte, los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación, de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios (SSTS de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993). Finalmente, el TS ha establecido la necesaria distinción entre las normas de conflicto —que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida— que según el párrafo primero del artículo 12 CC deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material —al que no se refiere el citado precepto— que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal (STS de 31 de diciembre de 1994).

Funciones del administrador de un caudal relicto.—Nuestra Ley procesal de 1881 establecía una importante diferencia respecto a las funciones del administrador de un caudal relicto, según el causante hubiera otorgado testamento o falleciera intestado. En este último caso, a las facultades de gestión que requiere la ordinaria administración de un patrimonio (arts. 1016 LEC y ss.) se añade la representación procesal *abintestato* en todos los pleitos ya iniciados o que se promuevan —salvo en lo relativo a la declaración de herederos—. Dicha administración conlleva también el ejercicio de todas las acciones que pudieran corresponder al difunto, o los actos en que sea necesaria la intervención del *abintestato*, hasta que se haga la declaración de herederos (art. 1008 LEC). Sin embargo, cuando el causante ha otorgado testamento, el administrador está excluido de las facultades de representación procesal y ejercicio de acciones (art. 1008 LEC). La diferencia de régimen obedece a que en el *abintestato* no existe sujeto alguno que pueda representar a la herencia hasta que se obtenga la declaración de herederos, y por ello se faculta a tal efecto al administrador. Como en la testamentaria se conoce perfectamente al

heredero o herederos, no es necesario conceder a persona distinta de los mismos la representación de referencia. (STS de 5 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Los representantes de la herencia yacente de don J. D. S. —que ostentaba la nacionalidad británica en el momento de su muerte— formularon demanda contra don K. T. V, y contra sus hijos —don C. K. T. V y doña S. K. T. V.— al objeto que se declarase que los bienes inmuebles que se relacionaban en la demanda pertenecían a la herencia yacente mencionada, y debían ser reintegrados a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó dicha pretensión, con imposición de costas a los demandantes. En fase de apelación, la Audiencia Provincial, con revocación de la sentencia recurrida, estimó la demanda. El TS acoge el recurso de casación interpuesto al considerar que los administradores judicialmente designados para un caudal hereditario cuyo causante ha otorgado testamento, carecen de legitimación *ad causam* en nuestro Derecho para el ejercicio de las acciones que pudieran corresponder al difunto, que necesariamente han de ser deducidas por los herederos testamentarios.

NOTA.—Ha de tenerse en cuenta que la DD única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, ha derogado el párrafo segundo del artículo 12.6 CC, relativo a la acreditación y prueba del derecho extranjero. (M. C. C. M.)

3. La interrupción de la prescripción.—En virtud del artículo 1973 CC, la prescripción de las acciones se puede interrumpir por reclamación judicial, extrajudicial o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. El plazo prescriptivo es improrrogable, por lo tanto, una vez transcurrido el plazo anual a contar desde la fecha en que consta producida la última interrupción extingue la acción (art. 1932 CC).

Los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo por la incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo. Además, atentaría a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial (FD 3.º).

La valoración del tiempo interruptor de la prescripción es facultad del Juzgador de instancia sin que sea rebatible en casación si no se demuestra la existencia de error.

La determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo anual prescriptivo.—La fecha inicial en el cómputo del plazo anual de prescripción en los casos de responsabilidad extracontractual es el momento del conocimiento por el demandante de los efectos de las lesiones en su salud y capacidad laboral; de esta forma, lo determinante es que el lesionado conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica, salvo que consten secuelas susceptibles de curación, mejora o empeoramiento. (STS de 26 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Tras haber sufrido un accidente laboral, don S. G. S. interpuso demanda de juicio de menor cuantía sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios en ejercicio de acción aquiliana por culpa extracontractual. La parte

demandada alegó excepción de prescripción, puesto que, aunque el cómputo del plazo anual de prescripción (la fecha inicial era el mes de diciembre de 1988) fue interrumpido por sucesivas comunicaciones telegráficas que se cursaron, respectivamente, el 18 de noviembre de 1989 y 16 de noviembre de 1990, la tercera reclamación no se formuló hasta el 20 de noviembre de 1991, cuando ya había transcurrido el plazo anual a contar de la fecha en que consta producida la última interrupción. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de prescripción y, por consiguiente, no entró en el fondo del asunto.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación; tan sólo modificó el pronunciamiento de las costas, confirmando los demás pronunciamientos. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—Se reitera nuevamente por el TS que lo determinante es que el lesionado conozca de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica para iniciar el cómputo del plazo anual de prescripción (*vid.* SSTs de 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985; 21 de abril de 1986; 25 de febrero y 8 de junio de 1987; 8 y 10 de octubre de 1988; 17 de junio de 1989; 3 de abril, 15 de julio y 14 de noviembre de 1991; 14 de febrero, 26 de mayo y 28 de julio de 1994; 19 de febrero y 30 de diciembre de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras)

La sentencia anotada no se aparta de la línea jurisprudencial del TS que niega la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción de la prescripción por basarse en criterios de seguridad jurídica y presunción de abandono del derecho y no en principios de justicia intrínseca (*vid.* SSTs de 17 de diciembre de 1979; 16 de marzo de 1981; 18 de septiembre y 6 de noviembre de 1987; 14 de marzo y 17 de abril de 1989; 25 de junio y 9 de octubre de 1990; 12 de julio de 1991; 15 de marzo de 1993; 14 de febrero de 1994; 26 de septiembre de 1997, y 19 de febrero de 1998, entre otras).

Por otra parte, cabe destacar que el TS puntualiza en esta sentencia que las actuaciones administrativas no interrumpen el plazo legal de prescripción (*vid.* STS de 2 de febrero de 1995) ni consecuentemente tampoco el proceso seguido para revisar lo dispuesto en ellas. (*M. C. L. J.*)

4. Determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo anual prescriptivo.—La regla general para el cómputo de los plazos de prescripción se halla en el artículo 1969 CC según el cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse; sin embargo, el artículo 1968.2 CC constituye una excepción a esta regla general, puesto que prescriben por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, así como las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia (art. 1902 CC) desde que lo supo el agraviado.

El comienzo del cómputo del plazo prescriptivo cuando se trata de lesiones causadas por culpa extracontractual (art. 1968.2 CC), ha de referirse siempre al día en que, producida la sanación, se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, determinado en el correspondiente dictamen

pericial; sin perjuicio de las secuelas que subsistan de un modo permanente, ya que tal cómputo no se inicia hasta la producción del resultado definitivo cuando no es posible fraccionar en hechos diferenciados la serie proseguida. Por lo tanto, el cómputo comienza desde el momento en que se fija con toda exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso.

El momento en que se conoce exactamente el alcance de las secuelas residuales de las lesiones está subordinado al de terminación del expediente que definitivamente determine la situación de incapacidad del afectado (FD 2.º). (STS de 6 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Don F. S. E. interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra la empresa *Promociones Gutiérrez, S. L.*, don J. G. A. y su esposa a los solos efectos del artículo 144 del Reglamento hipotecario, en reclamación de la cantidad, suplicando se dictase sentencia por la que se condenase solidariamente a los codemandados a indemnizarlo con la cantidad de doce millones de pesetas (12.000.000 ptas.), como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en el siniestro acaecido mientras trabajaba, más los intereses legales y los gastos y costas del procedimiento. Según se desprende del documento de fecha de 3 de mayo de 1994 de la Dirección Provincial del INSS de Murcia que le fue notificado al interesado el 14 de junio de 1994, don F. S. E. conoció las secuelas del accidente el día 27 de mayo de 1993.

El Juzgado de Primera Instancia, en sentencia de 6 de septiembre de 1995, rechazó la excepción de prescripción, asumiendo como fecha de inicio del cómputo de la misma el 11 de noviembre de 1994, por lo que estimó en parte la demanda y condenó a la codemandada *Promociones Gutiérrez, S. L.* a indemnizar al actor en la cantidad de nueve millones quinientas mil pesetas (9.500.000 ptas.) por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del siniestro acaecido.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Murcia admitió la excepción de prescripción, puesto que tomó como fecha de inicio del cómputo de la misma el 27 de mayo de 1994. La Audiencia estimó el recurso interpuesto por *Promociones Gutiérrez, S. L.* y revocó la sentencia dictada en primera instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró haber lugar al mismo.

NOTA.—La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS es clara en el sentido de que mientras continúa el daño no comienza el cómputo del tiempo de la prescripción, sino que el plazo se debe contar desde que cesaron los daños. (Vid. SSTs de 19 de septiembre de 1986; 19 de diciembre de 1996; 22 de noviembre de 1999 y 12 de febrero de 2000.)

La idea que se reitera constantemente en la jurisprudencia es que para el cómputo hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica: (vid. SSTs de 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985; 21 de abril de 1986; 25 de febrero y 8 de junio de 1987; 8 y 10 de octubre de 1988; 17 de junio de 1989; 3 de abril, 15 de julio y 14 de noviembre de 1991; 14 de febrero, 26 de mayo y 28 de julio de 1994; 19 de febrero y 30 de diciembre de 1998, y 21 de diciembre de 1999, entre otras).

Sin embargo, la fecha inicial del cómputo, no es el alta de enfermedad cuando quedan secuelas, sino cuando se sabe exactamente su alcance, es decir, a partir del conocimiento del quebranto padecido. (Vid. SSTS de 26 de mayo de 1994; 28 de julio y 28 de octubre de 1994; 31 de marzo y 22 de abril de 1995.)

La indeterminación del día inicial no debe resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, extremos que se encuentran reforzados por el principio *pro actione*. (Vid. SSTS de 10 marzo de 1989 y 19 de febrero de 1998.)

Por último, destacamos que la jurisprudencia del TS es pacífica cuando determina que el debatido momento inicial es una cuestión de hecho que debe determinarlo el Juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto el artículo 1969 CC no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum*. (Vid. SSTS de 16 de diciembre de 1987; 8 de octubre de 1988 y 14 de febrero de 1994, entre otras). (M. C. L. J.)

5. Inicio del cómputo de la prescripción extintiva del artículo 1968 CC cuando los daños son consecuencia de conductas lesivas continuadas.—Cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, la regla general del cómputo de los plazos de prescripción se halla en el artículo 1969 CC según el cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse; sin embargo, el artículo 1968.2 CC constituye una excepción a esta regla general, ya que prescriben por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, así como las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1902 CC desde que lo supo el agraviado.

Cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción por responsabilidad civil extracontractual no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. (Vid. STS de 7 de abril de 1997.)

«La demandada no ha logrado acreditar o fijar un día inicial a partir del cual dejara ya de generarse el resultado lesivo, siendo así que todavía, actualmente, se siguen produciendo a la vista de las pruebas practicadas, sin que pueda inducir a confusión alguna, al respecto, el dictamen pericial emitido.» (FD 1.º). (STS de 11 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se interpone demanda solicitando que se declare la existencia de los daños provenientes de la explotación minera *Pozo Tres Amigos* que se vienen produciendo en el edificio donde se hallan las viviendas de los demandantes, inmueble sito en Vegadotos, Concejo de Mieres, se solicita que se condene a *Hulleras del Norte, S. A.* (Hunosa) a pagar el total importe de los mismos cuya liquidación debe quedar diferida para la fase de ejecución de sentencia, condenándola al pago de la totalidad de las costas y gastos causados. La parte demandada contestó a la misma, alegando las excepciones de falta de legitimación de los demandantes y prescripción. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, se interpone recurso de apelación que fue estimado.

NOTA.—La sentencia anotada no se aparta de la consolidada doctrina jurisprudencial que refiere, a la fecha de producción del resultado definitivo, el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida (*vid.* SSTS de 25 de junio de 1990; 15 de marzo y 24 de mayo de 1993; 4 de julio de 1998; 7 de abril de 1997 y 2 de julio de 2001, entre otras muchas).

La prescripción ha sido definida recientemente por la profesora Cañizares Laso como «el modo de extinción de las pretensiones por la falta de reconocimiento por parte del sujeto pasivo en el tiempo fijado por la ley». (A. Cañizares Laso, *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2000, p. 25.)

Respecto de los casos en que los daños son consecuencia de conductas lesivas continuadas, permanentes o reiteradas, Pantaleón Prieto ha distinguido dos líneas jurisprudenciales: según la primera, la prescripción comenzaría cada día, de forma que podrían reclamarse los daños producidos en el año inmediatamente anterior a la interposición de la demanda o al acto interruptivo de la prescripción. Para la otra, actualmente dominante, la prescripción no comenzará hasta que la actividad dañosa finalice. La segunda tesis parece preferible para Pantaleón, «salvo que existan soluciones de continuidad temporal en la causación de los daños: en este caso, la prescripción comenzará al final de cada periodo de tiempo para los daños causados durante el mismo». (F. Pantaleón Prieto, *Voz: «prescripción»*, *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1991, p. 5012.) (*M. C. L. J.*)

6. Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual. Fijación del *dies a quo* cuando previamente se ha incoado una causa penal. Archivo de las actuaciones penales.—Conforme al artículo 1968.2.º CC las acciones civiles derivadas de un hecho causante de daños por culpa o negligencia de las que trata el artículo 1902 CC, prescriben con el transcurso del plazo de un año. Sin embargo, en los supuestos en los que tales hechos han dado lugar a actuaciones penales, éstas paralizan la posibilidad de actuar en la vía civil o el proceso ya comenzado (art. 114 LECr) no sólo hasta que recaiga sentencia firme, sino también, tal y como ha señalado la jurisprudencia, hasta que tenga lugar bien el sobreseimiento libre, el sobreseimiento provisional, o el archivo de diligencias.

La exigencia de notificación tanto de la sentencia penal, como del auto de archivo o de sobreseimiento es ineludible, ya que a través de la misma el perjudicado puede conocer de forma debida el desenlace del proceso, sus efectos y consecuencias, a fin de concretar debidamente el alcance y contenido de la acción privada con la garantía de efectividad de su derecho ante la jurisdicción civil (FD 1.º, STS de 28 de octubre de 1994). Tanto la diligencia de «Visto» del Ministerio Fiscal, la providencia sobre el archivo, en su caso, como la notificación de la misma, no pueden, en ningún caso, considerarse como actos meramente formalistas ya que todos ellos son ineludiblemente necesarios para el desarrollo procesal y para la efectividad de la decisión del Juzgado, de modo que es a partir del día siguiente a la notificación cuando empieza a correr el citado plazo (FD 1.º, STS de 16 de mayo de 2001).

Por el contrario, la ausencia de dicha comunicación procesal es susceptible de afectar con relevancia al derecho del perjudicado de acceder al proceso

civil y hacer vales sus pretensiones para la reparación del daño sufrido, pudiendo por tanto lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (FD 2.º, SSTS de 17 de julio de 2001, con cita de las SSTS de 25 de marzo de 1996, 26 de septiembre de 1997, y jurisprudencia constitucional al respecto, en concreto, las SSTC 30 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1999). (STS de 14 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. R. R. demandó por los trámites del juicio de menor cuantía al *Banco de Murcia, S. A.*, solicitando que se condenara a la parte demandada al pago de la suma de diez millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios materiales y morales, así como de las costas procesales. La parte demandada contestó a la demanda alegando la excepción de prescripción o, en su caso, de litis consorcio pasivo necesario en aras a la desestimación de la demanda. Desestimada la misma, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto, revocando la resolución dictada en primera instancia y estimando parcialmente la demanda, condenando a la entidad *Banco de Murcia, S. A.*, al pago de una indemnización de cinco millones de pesetas. Frente a dicha resolución, la representación de la parte demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1968.2.º y 1973, ambos del Código civil.

NOTA.—Nos encontramos ante un supuesto de ejercicio de la acción de responsabilidad civil *ex* artículo 1902, previa existencia de actuaciones penales. En el presente caso el TS, al igual que ha hecho de manera reiterada en su jurisprudencia más reciente, parte de la inclusión del ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito o falta en el ámbito de aplicación del artículo 1968.2.º CC, aun cuando en el mismo no se encuentre expresamente recogida, y no de la aplicación del plazo general de quince años del artículo 1968 CC, al que atienden aquellos que consideran aplicable el mismo por ser una acción que no tiene plazo especial fijado (sobre la inclusión de la acción de responsabilidad civil derivada de delito o falta en el art. 1968.2.º, v. PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la STS de 7 de julio de 1983», en *CCJC*, 1983, pp. 825-836; DÍEZ-PICAZO, L., artículo 1968, en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 2165-2166, REGLERO CAMPOS, F, artículo 1968.2, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, 1994, pp. 478-480). Partiendo pues de la aplicación del plazo de prescripción de un año, en la sentencia que nos ocupa se vuelve a plantear el problema de la fijación del *dies a quo* para el inicio del cómputo del citado plazo. El TS viene considerando como fecha de inicio del citado plazo el día siguiente bien al día de la notificación de la sentencia firme, bien al de la notificación a las partes del auto de sobreseimiento (SSTS de 27 de abril de 1992, 28 de octubre de 1994, 25 de marzo de 1996, 19 de mayo y 26 de septiembre de 1997, 3 de marzo de 1998, 6 de noviembre de 1999, 24 de junio de 2000, 17 de julio de 2001), o en supuestos en los que el Estado aparece como perjudicado, a partir de la comunicación notificación al Letrado del Estado de copia del archivo de las actuaciones penales

como fecha de inicio del cómputo (STS de 31 de noviembre de 1998). Se parte de la consideración del criterio subjetivista de la notificación, por entenderlo dotado de mayor intensidad legal, puesto que, en tanto que no se notifique, no se conoce en forma debida el desenlace del proceso, sus efectos y consecuencias, con la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que ello puede acarrear. (R. D. O.)

DERECHO DE LA PERSONA

7. Inexistencia de confrontación entre derechos fundamentales.—Establece la STC 107/1988 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 político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejercitan 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, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión en información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática»; si bien «tanto el TC como el TS vienen señalando que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de información-honor, intimidad e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites y fronteras de uno y otro» (STS de 30 de diciembre de 1996). Sigue diciendo la referida sentencia que «la libertad de información, indisoluble del pluralismo político, es garantía de la opinión pública y ha de prevalecer sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, primando entonces sobre el interés a la dignidad e intimidad personal, de tal manera que la veracidad que se exige a la información no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si bien han sido contrastadas con datos objetivos, aun su total exactitud sea controvertible» (STC 1988/1997).

Falta de veracidad de la imputación.—«Elaborar noticias que se difunden al público sobre simples rumores, relacionadas directamente con el honor de las personas, no significa precisamente el recto ejercicio de la libertad de informar; tal actividad se convierte así en agresión ilegítima, por representar decidido ataque a la dignidad, buen nombre y reputación careciendo del amparo constitucional. Más que contribuir a informar a la opinión pública, la deforman, partiendo del principio de que la libertad de información no es una categoría absoluta sino que su misma grandeza y componente democrático impone el necesario autocontrol y límites para evitar su degeneración y que se difundan hechos que difamen o hagan desmerecer gravemente a personas identificadas» (SSTS de 31 de enero de 1994, 15 de julio de 1995, 22 de octubre de 1996).

«La seriedad en la información comporta la mayor exigencia en cuanto a su autenticidad, y tratándose en este caso de hechos estaban obligados los

recurrentes, por utilizar medios de comunicación aptos para llegar a todas las gentes, a adoptar la diligencia precisa, no teniendo justificación alguna la notoria negligencia e imprudencia en el hacer en que incurrieron, tanto la locutora en forma directa, como el director de la emisora y la empresa titular de la misma, por no haber comprobado debidamente que se trataba de noticia con apoyo de veracidad, o, al menos, de alguna veracidad, que de esta manera desintegraba el rumor y podía justificar la puesta en conocimiento de los oyentes. La información falsa evidentemente no es información veraz y, por tanto, aquella resulta atentatoria al honor del recurrido. La doctrina consolidada de esta Sala así lo viene proclamando y cuando se aparta de los predicados éticos de la veracidad, alcanza la consideración de noticia insidiosa, por ser información no comprobada con datos objetivos según los cánones de la profesionalidad, siendo únicamente disculpables los errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado.» Entre otras. SSTS de 27 de febrero de 1991, 13 de julio de 1992, 29 de abril de 1994, 14 de diciembre de 1995, 24 de junio de 1996, 30 de diciembre de 1996; SSTC 25 de marzo de 1991, 5 de marzo y 15 de junio de 1993, 29 de abril de 1994, 11 de diciembre de 1995, 25 de noviembre de 1996.

Imputación de delito a persona pública.—«Supuesto el presente, en el que tan ni siquiera cabe hablar de una posible confrontación entre dos derechos fundamentales, derecho de información y derecho al honor, ya que en las publicaciones reseñadas realmente el primero no se da, y nunca podrá reputarse información los juicios de valor encaminados a hacer aparecer a una persona ante la opinión pública como autora de una serie de delitos, recurriendo para ello a un tratamiento peyorativo y falto de objetividad de la noticia. Del mismo modo, las mismas publicaciones configuran un ataque a la propia intimidad personal del demandante, revelando datos respecto a su vida privada que en absoluto tienen relación con los hechos investigados, y en modo alguno pueden tener interés respecto de las cuestiones sobre las que se pretende informar, si no sean para fomentar y promover una cierta expectación periodística en absoluto justificada como constitutiva realmente de una información en sentido estricto, siendo incluso dudoso que en el caso de las imputaciones iniciales de las diligencias criminales seguidas contra el demandante hubieran sido comprobadas, que fuera lícito dar publicidad a ciertos aspectos de la vida privada, tales como con quién convive, quién forma su familia, o cuáles son los lugares de su residencia; ya que no por ser una persona objeto de procedimiento criminal, significa que se sea susceptible de ser blanco y objeto de investigaciones y publicidad general de todos los aspectos de su vida, ni que esa publicidad sea de interés general o social (STS de 30 de diciembre de 1989), y ello en relación a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LO 1/1982, *a sensu contrario*; incluyendo la esfera privada aquel sector de circunstancias que sin ser necesariamente secretas o de carácter esencialmente íntimo, merecen sin embargo, el respeto de la sociedad sin admitir intromisiones extrañas, debiendo garantizarse la inviolabilidad de la vida privada y particular, frente a la publicidad de hechos, cuya certeza no se discute pero sin interés general en absoluto —en este sentido, STS de 20 de febrero de 1989—». (STS de 12 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Diario de Ávila, *ABC*, en la sección de Castilla y León, así como distintas emisoras de radio Ávila emitieron en su día ciertas declaraciones en las que imputaban al Jefe de la Policía

Local de Ávila, persona de carácter público, delitos de prevaricación, al carecer el demandado de facultades resolutorias, así como malversación de caudales públicos por tenerlos bajo su cargo o custodia. De hecho, la noticia imputaba irregularidades de carácter delictivo a una persona que resultaba identificada con sus nombres y apellidos, dándose una información no comprobada, inveraz y tendenciosa que hace desmerecer en la consideración ajena a quien la padece. El Juzgado de Primera Instancia declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor. La Audiencia Provincial confirma dicha resolución en todos los pronunciamientos. El TS desestima el recurso interpuesto por los medios de comunicación que se hicieron eco de la noticia.

NOTA.—Como ha declarado reiteradamente el TS y el TC la información vertida en los medios de comunicación ha de ser una información veraz, veracidad que implica una especial diligencia en los profesionales de la información que se alcanza en su constatación con las fuentes originarias. Sin embargo, ambas instancias recalcan que, a este respecto, «únicamente son disculpables los errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado». Entre otras, SSTS de 27 de febrero de 1991, 13 de julio de 1992, 24 de abril de 1994, 14 de diciembre de 1995, y SSTC de 25 de marzo de 1991, 15 de junio de 1993, 29 de abril de 1994, 1 de diciembre de 1995, 21 de noviembre de 1996. (M. F. N. C.)

8. Confrontación de derechos fundamentales: libertad de información y protección al honor.—«En relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y de expresión, del otro, la doctrina del TC se ha decantado sobre las siguientes directrices: que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos, que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos llamados de la personalidad del artículo 18 CE, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales como son el honor y la intimidad es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de la valoración para dirimir en estos supuestos, el conflicto entre el derecho al honor y a la intimi-

dad, de una parte, y la libertad de información, de la otra». Entre otras, SSTs de 19 de septiembre de 1994, 15 de julio de 1995, 26 de junio de 1996, 15 de noviembre de 1998, 15 de enero y 25 de septiembre de 1999.

Derecho a recibir y difundir información veraz.—«La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992 y 41/1994 entre otras muchas) y añade esta sentencia que el requisito constitucional de la veracidad de la información *ex* artículo 20.1 d) CE, no se haya ordenado a procurar la concordancia entre la información difundida y la verdad material de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquélla, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida» (SSTs de 23 de marzo de 1987 y 26 de junio de 1987, 12 de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1992, 28 de abril de 1993, 30 de diciembre de 1996, 7 de julio de 1997, 29 de mayo y 22 de junio de 1998, 25 de septiembre de 1999).

El deber de diligencia. Daño moral.—Al profesional del periodismo sólo se le puede exigir que compruebe las circunstancias básicas, y los hechos que lógicamente hacen presuponer la información que publica; si existen detalles desconocidos que desvirtúan la clara apariencia de un hecho, la averiguación y constatación de esas circunstancias de difícil o imposible conocimiento, no se le puede exigir al informador (STS de 26 de julio de 1996, 11 de abril de 2000). En sentido similar establece la STS de 12 de junio de 1996 que «la jurisprudencia viene exigiendo a los profesionales de la información, el específico deber de diligencia, consistente en contrastar los hechos, las circunstancias y los participantes, antes de divulgar una noticia que pueda afectar a la intimidad personal o al honor de una persona». (STS de 20 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 14 de enero de 1990 la revista *Actualidad Económica* y bajo el epígrafe *Los Negocios* aparece publicado: *Federal Express compra Aerpons, S. A.* Se ilustraba tal noticia mediante una composición tipográfica en la que aparecía un águila con las alas desplegadas y llevando bajo sus garras al hombre logotipo de *Aerpons*. Se hacía constar asimismo en la noticia, que *Federal Express*, coloso americano del transporte urgente de mercancías se encontraba en negociación con *Aerpons* para comprar esta empresa española y cuya operación se cerraría a finales de 1989 o principios de 1990. La referida noticia era absolutamente falsa, tratándose de un simple rumor no constatado por el informador. De hecho, se limitó a telefonar a diversas empresas dedicadas al transporte para consultar cuál de ellas tenía conversaciones con *Federal Express* y, tras una conversación con un empleado de *Aerpons*, pero no cualificado para corroborar lo pretendido, y sin verificar el rumor de ese simple empleado a través de su constatación con propietarios o administradores de ambas compañías, publicó la noticia. La empresa *Aerpons* demanda a la entidad periodística. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, sentencia que

fue confirmada íntegramente en apelación. El TS confirma la sentencia recurrida.

NOTA.—En la presente sentencia anotada la información difundida atentaba contra el derecho al honor de la empresa demandante por falta de veracidad de la noticia, circunstancia que habría podido ser obviada si el periodista hubiese cumplido el deber de diligencia que le asiste de forma coherente. Sin embargo, hemos de señalar como lo ha hecho la STS de 7 de diciembre de 1999 que «toda información que pueda tener un resultado difamatorio, no incurre en ilicitud cuando corresponda al ejercicio de los derechos con una base de hecho veraz» (SSTS de 26 de noviembre de 1987, 11 de octubre de 1998, 1 de junio de 1989, 26 de septiembre de 1996). (M. F. N. C.)

9. Derecho al honor: protección y límites al derecho de información.—Según jurisprudencia del TC (entre otras, la STC de 30 de junio de 1998) y del TS (SSTS de 28 de abril de 1994, 20 de octubre de 1996 y 20 de febrero de 1997), existe reportaje neutral cuando la comunicación de los hechos o investigaciones versa sobre sucesos que efectivamente han ocurrido, aunque complementariamente se hagan aportaciones propias que no lleguen a alcanzar la consideración de juicios de valor ni de opiniones difamantes para los interesados. Ha de tratarse, en todo caso, de una información veraz e imparcial, y suficientemente contrastada una vez acreditada la fiabilidad de las fuentes informativas.

Recurso de casación: formulación.—Constituye una obligación insoslayable del recurrente, en virtud de lo establecido en los artículos 1692, 1697 y 1707 LEC, la adecuada separación de los motivos del recurso de casación, al igual que los razonamientos de su pertinencia y su fundamentación (SSTS de 23 de julio de 1987, 16 de mayo de 1989, 29 de abril y 9 de diciembre de 1994, y 9 de febrero de 2001). (ST^S de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Un oficial de la Guardia Civil demanda a don J. L. M. y a *Ediciones Zeta, S. A.*, siguiendo el procedimiento incidental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (derecho al honor), por la publicación en la revista *Interviú* de reportajes sobre sus actuaciones en la Guardia Civil.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y absolvió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó igualmente. Formalizado el recurso de casación contra esta última sentencia con base a un solo motivo, y tras el informe del Ministerio Fiscal, el TS lo desestimó.

NOTA.—Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, se recogen las disposiciones relativas a la motivación del recurso de casación en los artículos 477 y siguientes, estableciendo como único motivo para la interposición del mencionado recurso la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Se suprimen, por tanto, el resto de motivos que se contenían en el anterior artículo 1692 LEC que, por referirse a irregularidades procesales, servirán ahora para fundamentar el recurso por infracción procesal; y se suprime también, como motivo específico, la infracción de jurisprudencia. (S. E. M.)

10. Distribución y cesión de títulos nobiliarios.—El TS ha declarado reiteradamente (entre otras, SSTs de 11 de diciembre de 1995 y 25 de octubre de 1996) que la distribución y la cesión de títulos nobiliarios son dos figuras distintas con requisitos diversos. La distribución supone el reparto de lo que se tiene o posee, o lo que se cree tener y poseer e incluso de lo que se espera alcanzar. El citado acto facultativo trata de paliar la acumulación de títulos nobiliarios, cuando se poseen dos o más. Ceder, en cambio, implica renunciar o desapoderarse de lo que se tiene para adjudicarlo a determinadas personas. Mientras que la distribución es una actuación unilateral, la cesión es compartida, al intervenir cedente y beneficiario, quien pasa a ocupar en la cosa o en el derecho el lugar de aquél. En todo caso, tanto la cesión como la distribución, en cuanto alteración del orden sucesorio normal, requieren una cumplida prueba de la concurrencia de sus requisitos, y por su carácter excepcional han de interpretarse restrictivamente, si se duda de su existencia.

Impugnación de un título nobiliario deferido a resultados de una distribución: litisconsorcio pasivo necesario.—Cuando el acto distributivo no reúne los requisitos exigidos, o cuando un tercero, con superior derecho al que ostentaba el distribuyente, lo reivindica judicialmente, se hace indispensable, como cuestión previa, declarar la nulidad de la distribución. Como tal nulidad afecta a todos los favorecidos por ella, resulta obligada la presencia de éstos en el proceso desde su iniciación, en cuanto sus derechos pueden verse afectados por el fallo. De otro modo, la resolución que en él recayera podría ocasionar indefensión a aquellos que, faltos de la oportunidad de alegar y probar lo que a su derecho conviniese, tendrían que verse obligados a acatar lo resuelto, que podría afectar a sus derechos o intereses. Por ello, el litisconsorcio pasivo puede y debe apreciarse por los órganos jurisdiccionales, incluso de oficio, en cualquiera de las fases del procedimiento. (STS de 4 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1887 fue creado el Ducado de Ansola por la Reina doña María Cristina, siendo otorgado a don Luis Jesús de Borbón y Borbón-Braganza. Tras el fallecimiento de los hijos de éste —que no dejan descendientes—, se abre en vía administrativa la sucesión al título, y sin perjuicio de mejor derecho, se expide carta de sucesión a favor de don Juan W. B. Posteriormente, y mediante escritura de distribución de títulos nobiliarios fechada en 1982, le otorga a su hijo el título de Duque de Marchena y a su hija (doña Cecilia W.), el título de Duque de Ansola.

Por ello, doña M. T. E. M. V. ejercita una acción contra don J. W. B. y la hija de éste para obtener la declaración de nulidad de la carta administrativa de sucesión expedida a favor de don J. W. B. —por la que se le concedía el título de Duque de Ansola— así como la nulidad de la cesión efectuada por el mismo a favor de su hija doña C. W. H., y la declaración del mejor derecho de la actora sobre los demandados a poseer, llevar y usar el título nobiliario de Duque de Ansola. Por otro lado, don L. G. B. B. Q., en demanda acumulada a los anteriores autos, solicita igualmente la declaración de nulidad de la cesión efectuada por don J. W. B. a favor de su hija y que se declare, asimismo, su mejor derecho a la posesión del referido título.

El Juzgado de Primera Instancia estima excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario —por no haber sido demandados

todos los causahabientes inmediatos de la distribución— y sin entrar en el fondo del asunto, absuelve a los demandados. 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.*)

11. Doctrina del «levantamiento del velo» y acción pauliana. La doctrina del levantamiento del velo permite que la sociedad responda de deudas personales de algún socio si con ello se evita el uso de la forma societaria para defraudar intereses privados o públicos.—La invocación de la doctrina del «levantamiento del velo» que acertadamente acogió la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, tiene que ser aceptada en cuanto resulta de una razonable apreciación de los hechos ocurridos, que la sentencia apelada no discute, pues ésta desestima la pretensión por inaplicación de la doctrina.

Al crear el demandado una sociedad mercantil con miembros de su familia, existiendo una deuda impagada del contrato de obra, defrauda los intereses legítimos de la actora recurrente, pues como ésta alega, entre las múltiples sentencias del TS que aplican la doctrina del «levantamiento del velo» encontramos, además de los casos en que los socios integrantes de la sociedad deban responder de relaciones aparentemente societarias (supuesto al que erróneamente invita la aplicación de la citada doctrina la sentencia de apelación recurrida), otros supuestos de muy diversa índole, entre los cuales caben destacar los supuestos en que la sociedad responde de obligaciones personales de los socios con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada por el camino del fraude (S de 28 de mayo de 1984). Doctrina indispensable para una construcción jurídica que consiga corregir el automatismo que puede llevar a situaciones de injusticia material.

La existencia de la acción pauliana no impide esgrimir la doctrina del «levantamiento del velo». Esta acción, de naturaleza subsidiaria, no requiere acreditación judicial previa de la insolvencia del deudor, sino que basta con la disminución provocada de su patrimonio, que impide al acreedor ejercitar otro medio para la reparación del perjuicio patrimonial que sufre.—Lo expuesto, que forzosamente implica acoger el motivo de casación formulado, no se opone a la existencia de la acción pauliana del artículo 1111 CC, en relación al principio de responsabilidad universal del artículo 1911 CC.

Esta acción es un recurso judicial que tienen los acreedores para acudir a los Tribunales y obtener la anulación de los actos dispositivos de su patrimonio que el deudor haya efectuado en fraude de su derecho. Es acción subsidiaria, porque para que tenga éxito ha de haberse dirigido primero contra los bienes en poder del deudor. Pero la existencia de esta acción no impide el ejercicio de la formulada por la entidad recurrente al amparo de la nueva construcción jurisdiccional. Más aún, cuando la ejecución directa contra el demandado individual no se produce expectativa alguna de pago de lo debido por anotaciones previas de embargo de otros bienes del mismo y por imposibilidad de embargo de la finca objeto de la obra, a causa de su aportación a la sociedad demandada. Y a este respecto conviene subrayar que, en relación a la acción pauliana, el TS ha declarado que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor o

que ésta tenga que ser total, pues es suficiente que concurra 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 le afecta, que es lo que aquí acontece. (SS de 28 de julio de 1912, 7 de enero de 1958, 13 de enero de 1986, 6 de abril, 12 de mayo y 25 de noviembre de 1992, y 2 de junio de 1995). (STS de 2 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Una empresa contratista de obras efectúa una serie de ellas en ciertas fincas propiedad de un señor, lo que produce un crédito a su favor, que se instrumentó en varias letras de cambio con vencimiento el 31 de enero de 1992. A petición del deudor, las letras se renovaron con vencimiento el 31 de marzo de mismo año. El día 2 de marzo, el deudor constituye una sociedad con sus hijos, a la que aporta las fincas de su propiedad en que se efectuaron las obras y que constituían su único patrimonio no embargado. Ante el impago del deudor, la empresa contratista demanda al deudor y a la nueva sociedad, invocando la doctrina del levantamiento del velo. El Juzgado acoge parcialmente la demanda en una sentencia que revoca la Audiencia Provincial, que estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada, dejando sin efecto la condena a la misma. La empresa acreedora interpone el recurso de casación, al que el TS declara haber lugar. (M. C. B.)

12. Derechos de socio del Real Club Náutico: baja de socio, antes elegido Presidente: aceptación de letras no justificadas: presunción de inocencia en el ámbito civil: doctrina jurisprudencial.—Es doctrina tanto del TC como del S que el derecho a la presunción de inocencia actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas, y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo, sancionador o limitativo de sus derechos; y por ello no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil. Sin embargo, se ha declarado igualmente que tal presunción opera también fuera del ámbito de la jurisdicción penal, en relación a la conducta de las personas de cuya apreciación surja un resultado sancionador, por lo que el alcance de tal principio tiene que referirse a los casos en que se pronuncie sentencia condenatoria sin pruebas, o totalmente equivocadas, o ilegítimas o atentatorias a la libertad del proceso y resulte suficientemente averdada la ausencia de responsabilidad en quien resultó civilmente condenado. En el presente caso la sanción impuesta al recurrente, que ha sido adecuada a su proporcionalidad con la falta cometida por los Tribunales de instancia, acredita que ante ellos se demostró la realidad y certeza de los hechos imputados en el pliego de cargos del expediente. Aunque no exista la paladina aceptación del sancionado, implícitamente sí ha admitido los hechos, y además hay una pluralidad probatoria de datos que conducen inexcusablemente a dicha conclusión. Para enervar la presunción de inocencia no se precisa la aceptación de los hechos por el imputado, basta que la prueba así lo acredite.

Responsabilidad del Presidente de la Junta Directiva.—Cuando se trata de firmar, aceptando dos letras de cambio libradas por una entidad totalmente extraña al Real Club Náutico, y con montante cada una de ellas de cinco millones de pesetas, y ello por parte de todos los componentes de la Junta Directiva, sin comprobación, ni gestión alguna previa, que no consta, supone una conducta a todas luces negligente en sumo grado, que no se limita al Tesorero o Contador, sino que alcanza al Presidente de la Junta Directiva. Por la omisión de una mínima diligencia, cual es la de inquirir la causa de esa aceptación, en una entidad que no tenía ninguna relación que justificara tal remisión de efectos para su aceptación, se ha producido un resultado dañoso para la entidad. No puede sostenerse con razón y sentido que el Presidente es una mera figura decorativa que firma sin enterarse y descarga sus responsabilidades en los demás miembros de la Junta Directiva. No se trata de hacer cargar sobre el Presidente la marcha económica de la sociedad, sino de exigirle la mínima cautela y prudencia que aparece omitida; tal conducta supone el paradigma de la negligencia por encontrarse fuera de las normas de cautela y previsión socialmente aceptadas.

Fundamento de la casación civil.—Los motivos de este recurso han de fundarse en normativa de Derecho privado con categoría de ley, o asimilados a leyes, como han declarado las SSTS de 26 de septiembre de 2000 y 27 de marzo de 2001, apareciendo vedada la alegación como infringidas de normas administrativas o fiscales, tales como la Ley de 1992 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (STS de 26 de febrero de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hechos contemplados en la sentencia aquí extractada constituyen el último acto de una serie de vicisitudes ocurridas en el seno del Real Club Náutico de determinada ciudad marítima. En 1991 es elegido Presidente el actual recurrente, y en las Juntas Generales de 1993 no se aprueban las cuentas por aparecer en ellas, aceptadas a cargo de aquella entidad, dos letras por un total de diez millones de pesetas no justificadas. Inicialmente la Junta Directiva expulsa al Tesorero, pero ulteriormente dimite toda la Junta, procediéndose a elegir otra; la nueva inicia un expediente para aclarar las posibles responsabilidades, descubriéndose que uno de los miembros de la anterior Junta pertenecía a la sociedad libradora de los efectos, miembro que posteriormente reintegró su importe al R. C. N.; en el expediente se acuerda dar de baja al anterior Presidente; éste recurre el acuerdo de baja ante el Juzgado de Primera Instancia el cual confirmó parcialmente la resolución del expediente disciplinario, pero sustituyó la baja definitiva por la suspensión de un año en sus derechos de socio, al tiempo que le condenó a indemnizar los perjuicios causados a la entidad; la Audiencia Provincial confirmó la clase de sanción de baja temporal, y revocó la condena a indemnizar. El recurso interpuesto por el socio sancionado, es rechazado con base en la doctrina extractada.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia (Pte.: MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ) me parece de singular interés por aclarar la clase de diligencia que debe inspirar la actuación del Presidente de una asociación sin ánimo de lucro, en materia patrimonial; ciertamente que recaen en el Tesorero y en el Secretario de aquella entidad las obliga-

ciones reglamentarias para comprobar la regularidad de las cuentas, y, con anterioridad, la justificación para asumir la responsabilidad del pago de una suma no precisamente moderada para el presupuesto de la asociación. La explicación del presente caso puede radicar en el hecho de que la entidad libradora de las letras —que se ha demostrado carente de cualquier relación con el R. C. N.— parece que atravesaba un difícil momento financiero, y la hábil gestión —¿dolosa?— de uno de los miembros de la Junta Directiva de aquél, y que pertenece simultáneamente a la libradora, viene a dar un respiro a la empresa en crisis; dicha persona ha reintegrado la suma al iniciarse el expediente. La descripción y valoración jurídica de la actuación del Presidente y su deber de diligencia son objeto de un fino análisis, y resultan plenamente de aprobar. (G. G. C.)

13. Naturaleza jurídica de la actividad de las Cámaras de comercio.—No toda corporación de Derecho público puede, sin más, considerarse enmarcada en el sistema de las Administraciones Públicas. Pese a establecerse una forma pública de personificación, es evidente que a través de dichas corporaciones se canalizan mayoritariamente intereses sectoriales o estrictamente privados de sus miembros. En consecuencia, la actividad de las corporaciones presenta un doble carácter. Por un lado, su actividad es administrativa en lo que se refiere a la constitución de sus órganos o a los limitados casos de ejercicio de funciones públicas conferidas o delegadas. Por otro, su actividad es privada en lo atinente a la promoción o defensa de los intereses sectoriales o profesionales de sus miembros. En consecuencia, ni sus fondos constituyen dinero público, ni sus cuotas son exacciones de tal carácter, ni sus empleados deben considerarse funcionarios ni, por último, a sus contratos puede atribuirse naturaleza administrativa. En atención a estos datos, la Sala de lo Civil del TS ha afirmado reiteradamente (SSTS de 22 de octubre de 1999 y 24 de enero, 28 de febrero, 20 de mayo y 25 de noviembre de 2000) su competencia para conocer de las demandas formuladas por las Cámaras de comercio, para obtener de sus socios el pago de las cuotas camerales devengadas y no satisfechas. (STS de 12 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, formuló demanda contra *Sony España, S. A.*, reclamándole el pago del llamado «recurso cameral» correspondiente a las anualidades de 1990, 1991 y 1992. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión deducida, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas. En grado de apelación, esta sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que condenó a la entidad demandada al abono de la cantidad solicitada, más los intereses legales devengados desde el acto de conciliación. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por *Sony España, S. A.* (M. C. C. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. La nulidad radical de un negocio jurídico es imprescriptible.—El artículo 1459, núms. 2.º y 5.º, párrafo tercero, CC, establece la prohibición para los mandatarios y abogados de adquirir por compra, por sí o por persona

intermedia, aunque sea en subasta pública o judicial, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados (mandatarios), o los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio (abogados).

Las prohibiciones que establece el artículo 1459 del CC tienen un fundamento de orden moral, y por ello, su violación da lugar a la nulidad de pleno derecho del acto o negocio celebrado (art. 6.3 CC).

La nulidad radical o absoluta, a diferencia de la anulabilidad o nulidad relativa (art. 1301 CC) no es sanable por transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere* y en sintonía con el principio de *quod nullum est, nullum effectum producit*. Por lo tanto, el artículo 1964 CC no es aplicable cuando la acción básica ejercitada en la demanda de nulidad radical de un negocio jurídico es imprescriptible.

Prescripción adquisitiva ordinaria de bienes inmuebles en Cataluña.—En el territorio de Cataluña no rige la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes inmuebles por lo que debe estarse al artículo 342 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (artículo redactado por la Ley del Parlamento de Cataluña 22/2001, de 31 de diciembre) que señala que «la usucapión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, salvo las servidumbres, que nunca pueden usucapirse, tiene lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años sin necesidad de título ni de buena fe». Lo mismo es de aplicación al dominio y a todos los derechos reales sobre cosas muebles, pero el tiempo será de seis años. (STS de 25 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. T. G. interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad de la subasta judicial celebrada el 28 de julio de 1970 por la que se le adjudica el remate al tercero don D. R. O., abogado. Asimismo solicita que se le reconozca tanto a él como a los doscientos dieciséis trabajadores restantes de TISA a ostentar la titularidad de la factoría en concepto de propietario por razón de la subasta celebrada el 22 de octubre de 1969 ante la Magistratura de Trabajo número 8 de Barcelona; en la licitación, el remate de la factoría fue declarado a favor de don D. R. O. que actuaba en representación de los doscientos dieciséis trabajadores de TISA.

Don F. T. G. contestó a la demanda reconvencional formulada por don E. S. S. Posteriormente, el Juzgado de Primera Instancia declaró fundada la excepción de litisconsorcio activo necesario e impuso las costas a la parte actora.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don F. T. G. revocando la sentencia dictada en primera instancia y declarando la nulidad parcial de la mitad afectante a don D. R. O. en virtud de la subasta judicial celebrada el 28 de julio de 1970. La Audiencia dispuso que el dominio de la mencionada mitad corresponde a los adquirentes de la finca en virtud de la subasta celebrada el 22 de octubre de 1969 que tendrán que abonar a don D. R. O. nueve millones veinticinco mil pesetas con intereses desde el 7 de agosto de 1970 y diez millones trescientas setenta y una mil seiscientas once pese-

tas con intereses desde el 20 de enero de 1976. Interpuesto recurso de casación, el TS declaró no haber lugar al mismo.

NOTA.—La jurisprudencia viene declarando que la violación de las prohibiciones que establece el artículo 1459 CC da lugar a la nulidad de pleno derecho debido a que obedecen a un fundamento de orden moral (*vid.* SSTs de 27 de mayo de 1959, 11 de junio de 1966 y 19 de mayo de 1998, entre otras).

El TS ha reiterado en numerosas ocasiones que la nulidad radical o absoluta no es sanable por transcurso del tiempo (*vid.*, entre otras, SSTs de 20 de diciembre de 1975, 13 de febrero de 1985, 6 de junio de 1986, 6 de febrero de 1989, 14 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 23 de julio de 1993, 8 de marzo y 15 de junio de 1994, 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000). (*M. C. L. J.*)

15. Nulidad de los contratos: la simulación contractual.—La doctrina jurisprudencial considera inaplicable el artículo 1306 CC a los contratos simulados de forma absoluta, ya que este tipo de simulación supone la inexistencia del contrato y, para aplicar el citado artículo, es necesario que el contrato exista aunque adolezca de determinados vicios de nulidad (SSTs de 26 de junio de 1903, 7 de febrero de 1959 y 30 de octubre de 1985). No obstante, cuando dicha simulación es relativa, es decir, se disimula la realidad de otro contrato que es el querido por los contratantes, sí cabe aplicar el citado precepto. Considera el TS que la existencia de un contrato simulado (*compraventa de oficina de farmacia*) que encubre otro contrato querido por los contratantes (*regencia de dicha farmacia*), impide la aplicación del artículo 1306 CC al primero por ser éste inexistente, pero la permite para el segundo, aunque adoleciese de un vicio de nulidad por estar prohibido por la ley (por ejemplo, por ser contrario a las disposiciones de una norma administrativa).

El significado de la causa torpe del artículo 1306 CC.—Es unánime entre los intérpretes del Código civil, que el término «causa torpe» mencionado en el artículo 1306 CC se debe aplicar a todos los supuestos de contratos con objeto o causa ilícita que no sean susceptibles de infracción penal, ya que para estos otros se contemplan las disposiciones del artículo 1305 CC. (STS de 2 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda sobre nulidad del contrato de compraventa de oficina de farmacia por existencia de simulación contractual. Los demandantes solicitan, a su vez, que se lleve a cabo por las demandadas la restitución de los beneficios obtenidos por la explotación comercial de la citada farmacia.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestima íntegramente el recurso formalizado por las demandadas, y estima en parte el recurso de la actora declarando la nulidad de los contratos de compraventa y revocando parcialmente la sentencia de instancia. Recurrida en casación esta resolución, de nuevo por la parte actora, el TS desestima el recurso y le impone las costas del mismo. (*S. E. M.*)

16. Compraventa, préstamo y fiducia *cum creditore*. La jurisprudencia discute si el plazo de cuatro años para interponer la acción de anulabilidad *ex artículo 1301 CC* es de prescripción o de caducidad.—Lo que resulta decisivo para el rechazo es que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1301 CC no ha sido entendido por la jurisprudencia unánime como efectivo plazo de caducidad, y así lo decidió la S de 27 de febrero de 1997 (que cita las de 25 de abril de 1960, 28 de marzo de 1965, 28 de octubre de 1974, 27 de marzo de 1987 y 27 de marzo de 1989), al declarar que el plazo de cuatro años para ejercicio de la acción de nulidad es un plazo de prescripción y no de caducidad.

La apreciación de vicios del consentimiento requiere prueba por parte de quien los alega. No cabe confundir causa con consentimiento.—Los juzgadores de instancia rechazaron la concurrencia de vicios invalidantes del consentimiento (error o dolo) por ausencia de pruebas y esta decisión es correcta, pues la apreciación de tales vicios requiere prueba cumplida de su realidad, prueba que incumbe a la parte que los alega (SS de 4 de diciembre de 1990, 13 de diciembre de 1992 y 30 de mayo de 1995).

No cabe confundir causa con consentimiento, éste existió en el caso que nos ocupa y ningún vicio acreditado lo invalida y menos actúa con proyección a decretarse la nulidad de la escritura de referencia, cuando en realidad se refiere a relación obligatoria para las partes distinta de la compraventa y en la que concurrió consentimiento suficiente y eficaz, por lo que el documento público no está por completo despojado de voluntad válida a cargo de los demandantes, y en cuanto a la interna en conjunción con la de los compradores demandados.

No procede declarar nula la escritura de compraventa porque las partes han celebrado un negocio fiduciario *cum creditore*, en cuya virtud los prestamistas, titulares formales de las fincas, no adquieren el dominio, sino una garantía para la devolución de lo prestado.—La realidad negocial querida la encuadra la sentencia recurrida en la fiducia *cum creditore*, pues si bien no ha habido una transmisión material de las fincas, ya que las conservan los demandantes, sí concurrió transmisión formal, que no tenía otra finalidad que asegurar a los prestamistas (esposos demandados) la devolución de las cantidades que habían desembolsado. La jurisprudencia de esta Sala admite esta figura jurídica, que viene a ser un préstamo reforzado, como pacto emanado de la libre voluntad de los contratantes (art. 1255 CC) y ha venido a declarar (SS de 19 de mayo de 1982, 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 30 de enero de 1991 y 5 de julio de 1993) que actúa como *causa fiduciae* no la enajenación propiamente, sino el afianzamiento del débito contraído, con lo cual el derecho de los prestamistas se concreta a obtener la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, por no ser ésta la finalidad perseguida, pues sólo se pretendió la garantía, sin voluntad decidida ni vinculante de comprar o vender (S de 6 de julio de 1992), por eso la S de 15 de junio de 1994 censura el pacto comisorio, para hacer suyas las fincas y la de 19 de junio de 1997 declara ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio fiduciario.

Mediante la referida relación el propietario formal no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el dominio, y la compraventa utilizada resulta ser un instrumento ficticio (S de 22 de febrero de 1995).

La titularidad formal desplegada produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento de un *ius o título retinendi* (SS de 30 de enero de 1995, 2 de junio de 1982 y 6 de julio de 1992), por lo que hay que decidir que no procede la pretendida nulidad de la escritura de compraventa como sostiene la recurrente.

No infringe las reglas de la condena en costas la sentencia que las impone, pese a la coincidencia de las partes en que la escritura se otorgó por error, pues ello, por sí solo, no constituye un acogimiento parcial expresado y decidido de las pretensiones de la parte demandante.—Este último motivo (tercero) contiene denuncia de infracción del artículo 523 de la LEC, para combatir la condena en costas que impuso la sentencia de apelación, argumentando que ha tenido lugar una estimación implícita de la demanda, ya que se da coincidencia en las partes respecto a que la escritura de compraventa se otorgó por error. Sucede que la recurrente suplicó la nulidad de la escritura de 17 de junio de 1988 sin respetar la subrogación que contiene del crédito hipotecario a favor del *Banco Herrero, S. A.*, lo que mantuvo en casación y fue en vía reconvencional cuando quedó establecido el negocio efectivamente llevado a cabo del préstamo con garantía real, por lo que sus pretensiones no fueron satisfechas judicialmente y procede la aplicación del precepto aportado como infringido, lo que correctamente hace la sentencia, ya que no se trata de un acogimiento parcial expresado y decidido, pues tampoco se petitionó lo procedente constancia registral del negocio, tratándose de una petición tardía en sede casacional, lo que determina el rechazo del motivo. **(STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—Ambos esposos de un matrimonio interponen, cada uno por su parte, sendas demandas contra los integrantes de otro matrimonio y cierto Banco, solicitando que se declare nula la escritura de compraventa y subrogación de préstamo hipotecario que todos ellos otorgaron, los demandantes como vendedores y los demandados como compradores y nuevos deudores del citado préstamo, aduciendo que la escritura se otorgó por error y/o dolo imputable a los demandados. El Banco alegó excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto que el matrimonio demandado reconvino solicitando que se declare que la citada escritura se otorgó por error, al ser el negocio realizado no una compraventa, sino un negocio en garantía de unos préstamos hechos por los demandados a los demandantes, por lo que sobre el inmueble sólo ostentan un derecho de retención y crédito preferente en tanto se extinguen las obligaciones de los prestatarios-demandantes, obligaciones que piden se declaren. Acumulados los procesos originados por ambas demandas, el Juzgado de Primera Instancia apreció la falta de legitimación pasiva del Banco demandado, al tiempo que desestimó íntegramente tanto las demandas como las reconvenciones, declarando la validez de la citada escritura. Apelada la sentencia por la parte demandante y adherida la demandada al recurso, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la resolución de instancia en lo tocante a la reconvención, que estima íntegramente, declarando que el negocio celebrado era en realidad una fiducia *cum creditore* y que los demandantes-apelantes resultan ser deudores de los demandados-

adheridos en tanto no satisfagan los préstamos que se les hicieron. La esposa demandante interpone recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

17. Carga de la prueba sobre la ilicitud o la inexistencia de la causa contractual.—Mediando contrato, se presume que existe la causa (art. 1277 CC) y se dispensa de toda prueba sobre su existencia y licitud a los amparados por ella, correspondiendo la carga de la prueba a quienes pretendan destruirla.

Prueba de la simulación del contrato: no es suficiente la relación de parentesco entre vendedor y comprador.—Por sí sola, la relación familiar íntima entre los contratantes *no reviste la entidad suficiente para destruir* la presunción de existencia y licitud de la causa del artículo 1277 CC.

La insolvencia del deudor como presupuesto para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores.—La acción pauliana o acción de rescisión por fraude es un remedio especial y, como tal, sólo puede ser estimada cuando el acreedor haya agotado las posibilidades de cobro de su crédito, siendo insuficiente la prueba de que no figuran en el Registro de la Propiedad fincas a nombre del deudor. (STS de 29 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad bancaria demandante concedió un crédito de tres millones de pesetas a *Movimientos Azorín*, siendo fiadores solidarios el matrimonio demandado y otros dos sujetos. Dos meses después, el citado matrimonio vendió su casa y otras dos viviendas a su hijo y nuera, en dos compraventas con bajos precios (al menos una de ellas), que no han sido del todo pagados. El matrimonio vendedor continúa habitando una de las viviendas vendidas. La entidad prestamista, cerrada la cuenta correspondiente con saldo deudor, demanda la declaración de nulidad de las compraventas por simulación o, alternativa y subsidiariamente, su rescisión por fraude de acreedores. Las dos instancias desestimaron la demanda y en casación no hubo lugar. (C. J. D.)

18. Interpretación de los contratos: artículo 1281 CC.—De los tres criterios jurisprudenciales, objetivo, subjetivo y espiritual, la sentencia anotada se decanta por el primero de ellos en orden a la interpretación de los contratos. Respecto a la intención de los contratantes como criterio interpretativo el TS no tiene duda en declarar que no tendrá efecto si, por su declaración, el otro contratante entendió cosa distinta. Por lo tanto, en caso de discordancia serán los tribunales los que deberán pronunciarse a cerca del sentido que hay que dar a los pactos convenidos. Así: SSTS de 18 de octubre de 1962, 26 de noviembre de 1974, 18 de febrero de 1980, 6 de febrero de 1981, 25 de junio de 1985 y 15 de diciembre de 1992. Establece la última de las mencionadas que «... la intención que es el espíritu del contrato es indivisible, no pudiéndose encontrar en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye... es evidente que no puede atenderse a lo que cada uno pensó al contratar sobre aquello que es objeto de discordia, ya que una cosa es que conforme a los artículos 1281 y 1282 haya de indagarse en la intención de los contratantes y otra cosa muy diferente que esa intención haya de averiguarse según lo que ellos quisieron».

En algunas ocasiones el Alto Tribunal quiere dejar constancia de que la finalidad última de la interpretación contractual consiste en la verdadera y real voluntad de los contratantes, constituyendo ésta el punto de partida para saber cuáles son las obligaciones asumidas por cada una de ellas en la relación contractual (SSTS de 26 de noviembre de 1974, 15 de diciembre de 1992, 2 de septiembre de 1997). Es el apartado primero del artículo 1281 CC el que establece la primera regla a seguir en la interpretación contractual. El precepto implica una valoración de las palabras y de la congruencia que guarda con la voluntad, de forma que en casos de discordancia el Tribunal resolverá con arreglo al criterio subjetivista y de forma sistemática: SSTS de 7 de febrero de 1964, 9 de diciembre de 1965, 22 de febrero de 1966, 17 de junio de 1970, 11 de noviembre de 1989, 16 de julio de 1992, 4 de julio de 1997, 18 de mayo de 1998 y 2 de junio de 1998).

El TS ha establecido una relación peculiar entre la interpretación y el recurso de casación, no entrando en la mayoría de los casos sobre consideraciones de fondo en la labor de interpretación, sino que da por válida la labor hermenéutica que el Tribunal de instancia ha llevado a cabo utilizando la mencionada frase «de la soberana apreciación del Tribunal de instancia», no considerándose en la mayoría de los casos apto para en casación entender de la cuestión debatida que sobre la interpretación de un contrato se suscitó (SSTS de 25 de abril de 1986, 23 de febrero de 1988, 23 de marzo de 1990, 18 de enero de 1991, 11 de marzo de 1992, 6 de febrero de 1995, 28 de junio de 1997, 3 de abril de 1998 y 14 de febrero de 2002). La interpretación sólo podrá ser atacada en casación cuando se acredite que la Sala de instancia ha infringido alguna de las normas legales de la hermenéutica contractual al aplicar los hechos fijados, reveladores de la voluntad contractual, ya que la claridad de un contrato elimina la necesidad de interpretarlo. Así: SSTS de 17 de octubre de 1977, 28 de octubre de 1977, 25 de enero de 1978 o 2 de septiembre de 1997, «indagación innecesaria de la voluntad de las partes cuando los términos del contrato no dejan lugar a dudas sobre la misma». En relación con la sentencia anotada, la expresión «forman parte» significa que las fincas están integradas en una unidad, y no es lógico deducir que se abarca la totalidad de ésta, en armonía con la significación semántica de que «formar parte de cierta cosa» es ser uno de los miembros o componentes de ella.

Por lo tanto, «la interpretación de los contratos es facultad soberana de los Tribunales de instancia y prevalecerá en principio, salvo que resulte equivocada, errónea, ilógica o absurda, la sentencia traída a casación» (STS de 11 de marzo de 1997). De tal forma que si el texto es claro el juez debe abstenerse de más indagaciones, ya que «lo que está claro no necesita interpretación» (SSTS de 22 de junio de 1984, 3 de mayo de 1985, 26 de noviembre de 1987, y 26 de noviembre de 1997).

Inaplicación del artículo 1282 CC.—Continúa este precepto estableciendo y delimitando las normas, las reglas para llevar a cabo la labor de interpretación de los contratos pero con carácter complementario y subsidiario al artículo 1281 CC (SSTS de 26 de febrero de 1973, 28 de junio de 1997, 21 de mayo de 1997 y 5 de febrero de 1998). Requiere para su aplicación la justificación de unos actos coetáneos, posteriores e incluso anteriores a la celebración del contrato de que se trate (SSTS de 20 de abril de 1944, 28 de abril de 1964, 19 de febrero de 1965, 28 de septiembre de 1965, 24 de abril de 1976 y 28 de noviembre de 1997). Según interpretación del TS sólo puede traerse a colación cuando las reglas interpretativas del artículo que le precede son insufi-

cientes para determinar el verdadero significado de los pactos y cláusulas contractuales (SSTS de 26 de noviembre de 1960, 14 de enero de 1964 y 7 de noviembre de 1966).

Objeto del contrato.—El objeto del contrato debe ser cierto, debiendo entenderse este calificativo en el sentido de determinado «el contrato de compraventa tiene objeto cierto, y teniéndolo no es cierto que falte este requisito esencial cuando la cosa vendida y su precio están determinados por los contratantes, de tal forma que sin necesidad de nuevo convenio puede saberse con certidumbre qué sea lo vendido y cuál es la cantidad vendida por precio» (SSTS de 8 de mayo de 1895, 30 de mayo de 1979, 9 de enero de 1995, 5 de mayo y 10 de octubre de 1997 y 17 de febrero de 1998).

Valoración arbitraria de la prueba.—Establece la STS de 14 de febrero de 2002 que para acusar error en la valoración de la prueba relativa a los daños y perjuicios, «toda vez que no se aduce precepto de prueba infringido, ni consta arbitrariedad alguna, cuyo planteamiento, por lo demás, no puede consistir en un juicio de descalificación genérica, pues quien la alega debe, conforme a sus criterios, razonarlo con detalle y ofrecer una demostración convincente». (STS de 14 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión controvertida gira en torno a la delimitación de la cosa objeto del contrato de compraventa celebrado entre la entidad *Inonsa, S. A.* y *Venpisa*. La primera, actora-recurrente, sostiene que el objeto comprado abarca la totalidad del suelo afectado por la Unidad de Actuación 18 (2) del Plan de Ordenación Urbana de Almería, mientras que la segunda, demandada-recorrida, sustenta que únicamente vendió las dos fincas descritas en la escritura pública de 11 de noviembre de 1988 que se hallan ubicadas dentro de dicha Unidad y no la totalidad del terreno a que esta Unidad se extiende. El Juzgado de Primera Instancia falló a favor del actor, no así el Tribunal de apelación, que revocó la sentencia de instancia que fue confirmada en casación. (*M. F. N. C.*)

19. Función interpretativa.—La función interpretativa corresponde al juzgador *a quo* y es únicamente susceptible de revisión casacional cuando se haya incurrido en ilegalidad, arbitrariedad o apreciación contraria a las reglas del buen sentido o raciocinio lógico.

Principio *in dubio pro operario*.—El principio *in dubio pro operario* sólo es aplicable en materia de interpretación del Derecho cuando la norma laboral adolezca de oscuridad y tenga varias interpretaciones, una vez agotados otros criterios hermenéuticos (entre otras, SSTS, Sala 4.^a, de 18 de febrero de 1985, 22 de diciembre de 1986, 29 de noviembre de 1989 y 8 de mayo de 1992). Dicho principio, como subsidiario de la ley y la costumbre, debe ser invocado en casación con el apoyo jurisprudencial correspondiente.

Principio de conservación del contrato.—El precepto del artículo 1284 CC y el principio de conservación del contrato recogido en el mismo sólo son aplicables cuando la norma contractual tiene varios sentidos y la intención de las partes no ha podido precisarse mediante los elementos de interpretación de los artículos 1281 y 1282 CC (SSTS de 20 de enero de 1990, 30 de mayo de 1991 y 28 de septiembre de 1996, entre otras), pues las restantes reglas interpretativas tienen carácter subsidiario o complementario cuando los tér-

minos son claros y absolutos y resulta evidente la voluntad depositada en el contrato. (STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don E. A. P. y doña P. S. L. suscriben en mayo de 1991 con la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* una póliza de préstamo hipotecario, por importe de diez millones de pesetas, para la adquisición de una vivienda en las condiciones especiales previstas para los empleados de la Entidad. Producida la extinción de la relación laboral por cese en el mes de enero de 1994, la *Caja de Ahorros* formula procedimiento judicial del artículo 131 LH. Don E. A. P. y doña P. S. L. interponen demanda de juicio de menor cuantía en la que suplican, con carácter principal, la subsistencia del préstamo en las mismas condiciones, la declaración de nulidad de la cláusula quinta de la póliza por ser contraria a la ley y al Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro y, por último, que se deje para ejecución de sentencia la determinación de los daños y perjuicios producidos a consecuencia del planteamiento del procedimiento judicial sumario hipotecario. Subsidiariamente, para el caso de que no se admita la primera de las peticiones expresadas, solicitan que se acuerde aplicar a los actores las condiciones establecidas para los préstamos ordinarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión deducida. Dicha resolución es confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

20. Cláusula penal. Criterio restrictivo en su aplicación.—Conforme a doctrina jurisprudencial reiterada, existe un criterio restrictivo en la aplicación de la cláusula penal, motivado por el hecho de que dicha cláusula constituye una sanción penal (STS de 8 de febrero de 1993) y una excepción al régimen normal de las obligaciones, por lo que para su aplicación es necesario que no se hayan alterado los supuestos de base (STS de 23 de mayo de 1997), de tal forma que si se alteran la cláusula pierde su eficacia (STS de 25 de noviembre de 1997) y no puede aplicarse (STS de 3 de febrero de 2000).

Indemnización de daños y perjuicios. Prueba de su existencia.—La jurisprudencia exige que se pruebe la existencia de los daños y perjuicios aunque su cuantificación puede dejarse para ejecución, pero también mantiene que si un incumplimiento demuestra, *per se*, el daño, no es preciso la prueba explícita de éste, pues deriva de aquél *in se ipsum* (SSTS de 5 de junio de 1985, 15 de junio de 1992, 18 de julio de 1997, 11 de marzo y 31 de mayo de 2000). La no devolución de un aval implica, *per se*, un daño que no es preciso probar su existencia, pues deriva del hecho mismo, *in se ipsum*, y su cuantía se determina en ejecución de sentencia. (STS de 5 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Celebrado un contrato de obra entre *Construcciones Zagra, S. A.* como contratista e *Inmobiler, S. A.* como comitente, la obra se ejecutó y se abonó parte del precio. La contratista presentó demanda reclamando el pago del resto del precio, la devolución del aval y los daños y perjuicios derivados de la no devolución de éste. La comitente formuló demanda reconvenzional con respecto al pre-

cio, a unas partidas no ejecutadas o mal ejecutadas y a la cláusula penal relativa al retraso en la ejecución de la obra.

La sentencia de la Audiencia Provincial revoca la de primera instancia y estima parcialmente tanto la demanda como la reconvencción. Condena a la comitente a pagar el resto del precio, a devolver el aval y a satisfacer los daños y perjuicios causados por la no devolución de éste; asimismo, condena a la contratista al pago de una determinada cantidad de dinero y considera no aplicable la cláusula penal por retraso al modificarse las circunstancias en las que se pactó. La comitente presenta recurso de casación cuyos motivos se centran en la desestimación de su pretensión de condena en virtud de la cláusula penal y su condena a la indemnización a la otra parte de los daños y perjuicios por no devolución del aval. (L. S. M. P.)

21. Contrato de obra. Cláusula penal por retraso del contratista. Modificación o adición de obra.—Aunque toda adición o modificación de obra suponen variación del proyecto inicial, ello no significa, necesariamente, que deje de aplicarse la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de dicho proyecto. Cuando el contratista necesite más tiempo del pactado para terminar la obra, el retraso seguirá estando penalizado, aunque se le descontará el tiempo que necesitó o se acordó para las modificaciones. Sólo dejará de aplicarse la cláusula penal por retraso cuando por la naturaleza de la nueva obra o por pacto de las partes dicha modificación no pueda llevarse a cabo en el plazo previsto en el contrato para la terminación total.

Cláusula penal por retraso. Facultad moderadora del Juez.—La facultad moderadora del Juez prevista en el artículo 1154 CC sólo opera en el supuesto de cumplimiento parcial irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que se estipuló la cláusula). En el caso de cláusula estrictamente moratoria no existe dicha facultad, pues durante el tiempo de la mora el incumplimiento es total, sin que pueda hablarse de cumplimiento parcial o irregular. (STS de 27 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Constructora Alyser, S. L.* demanda a J. I. H. y a M. L. F. solicitando que se les condene solidariamente al pago de diez millones y medio de pesetas más intereses legales que se le adeudan por el impago de certificaciones de obra ejecutada en virtud de un contrato de obra. Los demandados se oponen a la demanda alegando defectos de forma y, subsidiariamente, la compensación de la cantidad señalada con la que a ellos se les adeuda como consecuencia de la penalización por retraso en la ejecución de las obras prevista en el contrato.

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda por falta de legitimación activa y no entra en el fondo del asunto. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por *Constructora Alyser, S. L.* y revoca la sentencia recurrida. Desestima la demanda porque considera extinguida la deuda por compensación entre lo debido por los demandados a la actora y lo debido por ésta a aquéllos en virtud de la cláusula penal por retraso en la ejecución de las obras prevista en el contrato. El TS desestima el recurso de casación presentado por *Constructora Alyser, S. L.* que

alega infracción del artículo 1152.II CC porque considera que la cláusula penal por retraso deja de operar cuando se producen modificaciones del proyecto de obra; e infracción del artículo 1154 CC por falta de moderación de la pena. (L. S. M. P.)

22. Incongruencia. Requisitos para su existencia.—La congruencia se ha de valorar desde la correlación entre el *petitum* y el fallo. Si no consta el abandono de una determinada petición en la apelación, su estimación no implica incongruencia.

Abandono de petición en el recurso de apelación.—El que la diligencia de vista no haga referencia al punto concreto de la reclamación de intereses no significa ni autoriza a presumir que la demandante-recurrente en apelación haya abandonado tal petición.

Intereses moratorios. Configuración.—El artículo 1108 CC configura los intereses moratorios, a falta de pacto en contrario y para el supuesto de cumplimiento de obligaciones dinerarias, como una indemnización de carácter tasado que libera al deudor de la prueba de la cuantía del daño e impide exigir y probar la existencia de un daño mayor.

Intereses moratorios. Cómputo.—Cuando el abono de intereses se postula en la demanda y no se fija por valoración probatoria, ha de computarse desde la fecha de la interpelación judicial y no desde la firmeza de la sentencia.

***Illi liquidis non fit mora.* Atenuación del principio por la jurisprudencia.**—A partir de la STS de 5 de abril de 1992, el TS ha atenuado y modificado dicho principio. Se considera, en efecto, que se trata no sólo de una sanción al deudor moroso, sino también de una protección judicial de los derechos del acreedor. Por ello, no basta con entregar aquello que en su día se le debía, sino también lo que en el momento del abono representa tal suma. De no ser así, considera el TS que nos encontraríamos ante una situación de enriquecimiento injusto, pues el deudor moroso obtendría una ganancia indebida.

Indemnización de daños y perjuicios. Relación con el incumplimiento.—La indemnización de daños y perjuicios no es inexorablemente consecuencia del incumplimiento. Es preciso demostrar la existencia real de los mismos para que pueda condenarse a su reparación.

Apreciación de daños y perjuicios. Competencia del Tribunal de Instancia.—La apreciación de daños y perjuicios es tema atribuido al Tribunal de Instancia, pues su existencia y prueba es una cuestión de hecho. El recurso de casación no es una tercera instancia, por lo que no procede pretender la revisión de las pruebas.

Prueba de peritos. Valoración libre. Requisitos de impugnación en casación.—No existen reglas preestablecidas que rijan la estimación de la prueba de peritos, que es de apreciación libre, no tasada, valorable por el juzgador según su prudente criterio. La valoración realizada por el Juez puede impugnarse en casación sólo si es contraria en sus conclusiones a la racionalidad, conculca las más elementales directrices de la lógica, tergiversa ostensiblemente las conclusiones periciales, falsea de forma arbitraria sus dictados o extrae deducciones absurdas o ilógicas.

Prueba de confesión judicial.—Se trata de una prueba sometida a valoración del Tribunal de Instancia, salvo en la hipótesis de realización de una declaración contra sí, que sólo es plena si se presta con juramento decisorio.

Valoración del acta notarial.—El acta notarial sólo demuestra que el notario fue requerido y levantó un acta en la fecha que en la misma figura. A ella no es aplicable el artículo 1218.II CC por no tratarse del supuesto en él contemplado. Dicho precepto se refiere a los contratos suscritos en documento público que «[...] harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que hubiesen hecho los primeros». (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—*Conorte, S. L.* interpone demanda contra *Areha, S. L.* sobre reclamación de cantidad más el pago de intereses de la suma señalada desde la interposición de la demanda. La demandada formula reconvencción y solicita la resolución del contrato suscrito entre ambas litigantes, así como indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la lectura de la sentencia deducimos los siguientes antecedentes de hecho: las partes habían suscrito un contrato de obra. *Conorte, S. L.* abandonó la obra dejando sin ejecutar algunas unidades. Parece que la cantidad reclamada por la demandante se refiere al precio de la, denominada en la sentencia, unidad 1.03. Dicho precio había sido fijado por las partes por un valor superior al de mercado, pues debía suprimirse la estructura metálica I. P. N., lo cual, según la demandada-reconviniente, encarecía dicha unidad. El 3 de agosto de 1994 se levantó acta notarial en la que se incorporaron fotografías que, según la demandada-reconviniente, demuestran la falta de realización de dicha demolición.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y la reconvencción, declarando la resolución del contrato y condenando a *Areha, S. L.* a abonar a *Conorte, S. L.* la cantidad de 567.923 pesetas. La sentencia desestimó la petición de la demandante referida al pago de intereses.

Areha, S. L. formula recurso al que se adhiere *Conorte, S. L.* En la diligencia de vista *Conorte, S. L.* no hace referencia a los intereses.

La sentencia de apelación revoca la resolución de primera instancia acogiendo parcialmente la demanda y la reconvencción del modo que sigue: en primer lugar, condena a *Areha, S. L.* al pago de una cantidad a *Conorte, S. L.* En dicha cantidad se incluyen los intereses moratorios así como el precio fijado por las partes de la unidad 1.03, a pesar de que el informe del perito había valorado la ejecución según el valor de mercado. En segundo lugar, resuelve el contrato y condena a *Conorte, S. L.* al pago de indemnización de daños y perjuicios a *Areha, S. L.* en la que no se incluye la indemnización del daño financiero alegado por la demandada-reconviniente. *Areha, S. L.* recurre en casación.

NOTA.—La LEC 1/2000, de 7 de enero, se ocupa de la valoración de la prueba de peritos en el artículo 348 disponiendo que «el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica».

El artículo 1218 CC, referido al valor probatorio de los documentos públicos, sigue en vigor, pues no ha sido derogado por la LEC 1/2000, de 7 de enero (véase a este propósito la DD Unica 2.1.º). (B. F. G.)

23. Fiadores solidarios: autonomía y no subordinación de la acción de rescisión por fraude de acreedores.—En los supuestos de solidaridad, se atenderá a la solvencia o insolvencia del fiador o deudor contra el que se dirige la acción pauliana o acción de rescisión por fraude, sin que sea preciso probar la insolvencia de todos los deudores o cofiadores como presupuesto para el ejercicio de la acción. Esto, con independencia del derecho que corresponda al fiador solidario para accionar después contra el deudor principal y los restantes cofiadores.

Presupuestos para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores: la cuestión de la anterioridad del crédito.—El orden cronológico de los actos no determina necesariamente el ejercicio de la acción pauliana, sino el hecho de que al realizar el acto perjudicial se conozca la existencia del crédito o su próxima y segura existencia. Por lo tanto, es posible estimar la acción aunque el nacimiento del crédito sea posterior al acto de enajenación del patrimonio si, al tiempo de la enajenación, se conocía la existencia del préstamo y la consiguiente situación de pendencia del posible crédito.

Presupuestos para la rescisión por fraude de la compraventa: la concurrencia de *consilium fraudis*.—En la compraventa se aprecia el *consilium fraudis* de los contratantes no sólo cuando hay una intención directamente dolosa, sino también cuando existe conciencia del daño que se causa: es suficiente el conocimiento, no se exige malicia [se apreció el fraude en este caso por varios indicios: 1) proximidad por parentesco entre la compradora y uno de los vendedores, 2) venta por precio inferior al real, y 3) falta de una motivación subjetiva en la compradora]. (STS de 15 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria concede un préstamo a una sociedad, siendo fiadores solidarios —entre otros— dos de los demandados. Dos meses antes de la fecha en que debía comenzar a amortizarse el crédito los dos cofiadores demandados realizaron por escritura pública dos compraventas por las que enajenaban dos plazas de garaje, una vivienda y un chalé. Parte importante del precio de estas enajenaciones se lo reservaba la compradora, hermana de uno de los vendedores, a fin de cubrir los supuestos gravámenes que pesaban sobre los inmuebles (estos gravámenes habían sido constituidos en garantía de cédulas hipotecarias emitidas por los vendedores, cuya efectiva puesta en circulación no consta, y de un crédito cuya subsistencia tampoco consta). Los vendedores siguen ocupando el piso y las plazas de garaje, en virtud de un contrato de arrendamiento de dudosa existencia. La entidad prestamista inicia un procedimiento ejecutivo contra los citados vendedores, demandados como fiadores solidarios; persiguiendo los citados bienes, demanda la rescisión de los contratos de compraventa por haber sido realizados en fraude de acreedores. En las dos instancias se desestimó la demanda, pero en casación hubo lugar al recurso y se declaró la rescisión de ambos contratos. (C. J. D.)

24. Prelación de créditos. Contrato de arrendamiento financiero frente a aval para garantizar préstamo bancario asegurado con hipotecas.—Es doctrina jurisprudencial reiterada —STS de 9 de noviembre de 1998— que «no existe razón de identidad o analogía alguna entre el contrato de préstamo y el arrendamiento financiero en el que la cantidad debida no es consecuencia de una entrega de capital previa al arrendatario, ahora bien, ello no es

obstáculo para que no sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial recaída en orden al momento a tener en cuenta para determinar la preferencia de créditos con ocasión de la confrontación de créditos nacidos de una póliza de préstamo con los nacidos de una póliza de crédito».

En orden a esto –SSTS de 30 de octubre de 1995, 6 de junio de 1995, 30 de diciembre de 1998 y 7 de abril de 2000–, «la póliza de préstamo documenta fehacientemente una cantidad ya recibida o que se recibe por el prestatario, naciendo desde la perfección del contrato de préstamo su obligación de restituir, bien toda la cantidad, bien en la cuantía y plazos que se hayan pactado. En cambio, la póliza de crédito concede la facultad al prestatario de exigir al prestamista cantidades hasta un máximo, tratándose así de una obligación de restitución de lo recibido nada más en el supuesto de que efectivamente haga uso de su facultad y hasta el monto en que lo haya efectuado, lo que exige su necesaria liquidación y concreción con fecha posterior a la póliza para establecer el crédito que el concedente del crédito puede exigir al acreditado. Aunque en la póliza de préstamo se hubiere pactado el reintegro parcial de lo prestado, ello no empuja a la fijación desde el momento de la perfección del contrato de lo debido. No se precisa más que de una simple operación aritmética posterior, por lo que no puede afirmarse, y sí en la póliza de crédito, que la cuantía está indeterminada; no depende, como en esta última, de las disposiciones de crédito y reintegros del prestatario durante su vigencia».

Por tanto, «en la póliza de préstamo, verdadero contrato real de préstamo dinerario, la cantidad queda determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y con una simple operación aritmética se sabe, con exactitud, el saldo deudor. En la póliza de crédito la entidad crediticia sólo puede conocer el saldo deudor tras la práctica de una liquidación, ya que en la cuenta se hacen extracciones e ingresos que lo aumentan o disminuyen; por ello, la cantidad queda determinada en la fecha de la liquidación» (STS de 2 de noviembre de 2002). (STS de 7 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–*Caldererías Palentina* concierta póliza con el *Banco de Crédito Industrial, S. A.* el 19 de noviembre de 1990, cantidad que fue avalada por la *Sociedad de Garantía Recíproca Castellano-Leonesa, SOGACAL*, garantizándose la responsabilidad de este socio partícipe con una segunda hipoteca mediante escritura de 21 de noviembre de 1990, constituida a su favor sobre una determinada finca. Años más tarde, 13 de abril de 1992, *Caldererías Palentina* obtiene préstamo de la *Caja de Ahorros Municipal de Burgos*, avalado también por *SOGACAL*, que resultó garantizado mediante la constitución de una tercera hipoteca mediante escritura de 8 de marzo de 1993.

SOGACAL promueve procedimiento sumario del artículo 131 de la LH para obtener el reintegro de su crédito, en base a la segunda hipoteca, y el Juzgado aprueba el remate de la finca hipotecada a favor de la entidad *Comercial Agrícola del Cerrato, S. A.* ordenando la cancelación de la hipoteca ejecutada. El debate se centra en determinar la preferencia de los créditos sobre el importe del sobrante del precio de remate que el Juzgado acordó no devolver a *SOGACAL*, en tanto no se determinase el crédito preferente que permitiera el cobro de la referida suma.

SOGACAL interpone demanda de tercería de mejor derecho solicitando se declare mejor derecho y la preferencia de su crédito al ostentado por *Mercedes-Benz Leasing Sociedad de Arrendamiento Financiero, S. A.* y en concreto a percibir con dicha preferencia el sobrante habido en autos de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la petición, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia y por el TS.

NOTA.—Frente a la tercera hipoteca de 8 de marzo de 1993 se opone por la entidad *Mercedes-Benz Leasing* el contrato de arrendamiento financiero llevado a cabo con *Caldererías Palentina* con fecha de 27 de agosto de 1991. A estos efectos el *leasing* se considera como una póliza de préstamo en la que la exigibilidad del precio queda determinada desde la fecha misma del contrato llevada a cabo con intervención de fedatario mercantil. Por lo tanto, es de aplicación para determinar la preferencia de créditos el artículo 1924.3.º del CC, que determina que es preferente el crédito que sin privilegio especial conste en escritura pública. (*M. F. N. C.*)

25. Novación extintiva y acción de resolución. La discordancia entre el contenido del contrato privado y la escritura pública posterior se resuelve a favor de ésta cuando consta una clara voluntad novatoria, no así cuando la escritura es de mero reconocimiento de un acto o contrato anterior. En el caso de autos la novación se deduce de la incompatibilidad entre la obligación originaria y la nueva, por lo que la escritura prevalece sobre el contrato anterior.—Se invoca violación por inaplicación del artículo 1224 CC y por aplicación indebida del artículo 1204 del mismo texto legal.

Respecto del primer precepto, hay que delimitar la cuestión, en primer término, al supuesto de hecho que el indicado precepto se refiere, esto es, a las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato anterior, supuesto para el cual se establece el citado precepto, en virtud del cual nada puede la escritura contra lo establecido en el anterior acto o contrato si no existe una clara voluntad novatoria, lo que supone, pues, que las estipulaciones de la convención originaria han de prevalecer contra lo acordado en la escritura pública, si ésta no implica un verdadero negocio novatorio, que ha de constar expresamente ese carácter, extremo este que está en concordancia con lo establecido en el artículo 1204 que exige para que una obligación preexistente sea sustituida por una nueva que así se declare expresamente o que la antigua o la nueva sean de todo punto incompatibles, residiendo en esa incompatibilidad la tácita voluntad de novar que de forma inequívoca se exige por la jurisprudencia de esta Sala para apreciar la novación, de la que no se aparta la sentencia citada por la parte recurrente de 30 de septiembre de 1992, que incide en lo reconocido en las sentencias anteriores de 15 de octubre de 1985 y 22 de diciembre de 1986, en las que se estima que, a parte de las escrituras públicas de mero reconocimiento de un acto o contrato anterior hechas para cumplir las exigencias formales para que lo inicialmente convenido produzca sus efectos, hay otras que tienen un carácter fundamentalmente novatorio del contrato primitivo, supuesto este último en el que hay que comprender la escritura pública de 6 de febrero de 1992, por darse esa incompatibilidad entre las estipulaciones que se hicieron constar en el documento privado y en el documento público, conteniendo el segundo no un mero reconocimiento del contrato anterior, a los efectos de cumplimentar el

requisito de forma para que pueda acceder el negocio al Registro de la Propiedad, sino una modificación objetiva de diversos elementos del contrato originario, supuesto éste que excede del simple reconocimiento al que se refiere el citado artículo 1224 CC y por consiguiente implica una verdadera novación. A la conclusión de que la escritura pública de 6 de febrero de 1992 implicaba una novación modificativa del contrato anterior, llegaron los Juzadores de instancia, en la consideración de estimar tanto las condiciones personales de las partes como de las objetivas, consistentes en las estipulaciones realmente ventajosas de los plazos e intereses acordados en el primer contrato, como el precio establecido para el segundo, llegando a deducir que el negocio jurídico no se trataba de un puro y simple contrato de compraventa, sino mixto de éste y donación.

La acción de resolución contenida en los artículos 1124 y 1504 CC exige un incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pago del precio, que no se estima producido en el caso de autos, al considerarse novado el contrato privado suscrito entre las partes.—Para que sea de aplicación la normativa de los artículos citados, es preciso que la parte compradora haya incumplido su obligación de pago del precio, supuesto fáctico que no entiende cumplido la sentencia recurrida, que sostiene que por el instituto de la novación las estipulaciones convenidas en el documento privado respecto a la cuantía del precio y a la forma de pago y en base a lo cual hace la reclamación la parte actora y recurrente quedaron sin efecto, y las que hay que entender vigentes son las que constan en la escritura pública otorgada casi dos años después, y en ella se manifiesta por la parte vendedora que ha recibido el precio de las viviendas en la cantidad estipulada en la misma, que ha quedado reducida a 4.120.000 pesetas, aunque retiene el 10 por ciento para hacer frente a las correspondientes obligaciones tributarias, hechos estos que niega la parte recurrente en la demanda en la que solicita la resolución del contrato a tenor del requerimiento resolutorio, que se ha cifrado en el incumplimiento del pago en los plazos estipulados en el contrato suscrito en documento privado en el año 1990, y no en la falta de acreditación del pago por la compradora de las obligaciones tributarias del vendedor de cuya falta de cumplimiento no hay constancia en la sentencia de instancia, por la sencilla razón de que no fue objeto de debate, y que ahora, como cuestión nueva, no puede plantearse en este recurso de casación. (STS de 28 de enero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de sendos pisos celebran con una señora un contrato de compraventa que se formaliza en documento privado y en el que se estipula un precio conjunto para ambos inmuebles de veinticuatro millones de pesetas, a pagar en veinte años a razón de cien mil pesetas mensuales, más el importe correspondiente a los intereses, computados al tres por ciento anual. Dos años más tarde, el contrato se eleva a escritura pública, pero alterándose el precio y su modo de pago, que queda reducido a cuatro millones ciento veinte mil pesetas, que la parte vendedora declara haber recibido ya a la fecha de la escritura. Con posterioridad, la parte vendedora demanda la resolución del contrato de compraventa solicitando la restitución de los inmuebles, por impago del precio aplazado, esgrimiendo el clausulado del contrato privado. Tanto ambas sentencias de instancia como la de casación desestiman la

demanda, por entender que se produjo una novación del primer contrato, que devino en un negocio mixto de compraventa y donación. (M. C. B.)

26. Cesión de créditos. El pago del crédito por el deudor cedido al acreedor originario con anterioridad a la notificación de la cesión, extingue la obligación, pero un pago de tal naturaleza no tuvo lugar en el caso de autos.—De conformidad al artículo 1527 CC efectivamente el deudor cedido si paga la deuda a su acreedor originario antes de haber tenido conocimiento de la cesión, queda libre de la obligación contraída y nada puede reclamar el nuevo acreedor (cesionario), (SS de 19 de febrero de 1993 y 20 de febrero de 1995).

Al deudor le asiste el derecho de oponer al cesionario todas las excepciones que tuviera frente al cedente y así tanto resulta procedente el haber satisfecho la deuda como alegar la compensación que pudiera corresponderle (SS de 27 de septiembre de 1991 y 24 de septiembre de 1993).

Los hechos probados ponen de manifiesto que el crédito existía al tiempo de hacerse la cesión, pues si bien hubo pagos anteriores al requerimiento notarial y llevados a cabo por la recurrente a cuenta de *Chocasa*, ésta aún resultó acreedora de aquélla por cantidades que integran los créditos cedidos, que en forma alguna han resultado satisfechos y por tanto no se ha producido la extinción de la deuda.

No puede estimarse producida una compensación de deudas cuya exigibilidad no estaba acreditada y entre cuyas prestaciones no existe identidad ni reciprocidad en el pago. Tal exigibilidad no puede probarse a través de la prueba de presunciones esgrimida sólo en casación.—La compensación interesada no puede ser acogida, pues no se da identidad de las prestaciones, ni la reciprocidad en el pago de 3.500.000 pesetas efectuada al propietario del local como precio del traspaso (SS de 26 de noviembre de 1991, 20 de junio de 1993 y 27 de junio de 1995) y sin dejar de lado, con carácter general, que no se acreditó la exigibilidad de las deudas a compensar en el momento de plantearse el litigio (SS de 16 de noviembre de 1993 y 6 de junio de 2000).

El motivo se rechaza. Resulta decisivo que el Tribunal de Instancia no hizo uso de la prueba de presunciones, y es en casación cuando se aporta. No es de recibo que trate de imponerse en este recurso extraordinario, lo que la Sala rechaza contundentemente (SS de 27 de octubre 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988, 18 de marzo de 1993, 24 de enero y 5 de marzo de 1996).

No es incongruente la sentencia que absuelve parcialmente de la demanda, cuya íntegra desestimación se solicitó en contestación a la misma.—La sentencia, al no admitir los gastos de negociación reclamados, no resulta incongruente. Se trata de pronunciamiento absolutorio parcial y de no haberse aceptado los importes reclamados, ya que en el escrito de contestación se solicitó la íntegra desestimación de lo suplicado en la demanda, sin perjuicio de que consta expresa oposición al pago de dichos gastos en el hecho séptimo del escrito de contestación.

Los intereses moratorios y contractuales exigen expresa petición de parte, no así los legales-procesales, que surgen *ope legis*.—Reclama la recurrente los intereses moratorios, denunciando infracción del artículo 1108 del CC. Sucede que dichos intereses no fueron suplicados expresamente ni alega-

dos en la fundamentación jurídica de la sentencia, por lo que su desestimación es correcta.

Confunde la recurrente los intereses de demora y contractuales de los artículos 1100 y 1108 CC, los que precisan expresa petición de parte, con los legales-procesales del artículo 921 LEC que no es necesario suplirlos, pues surgen *ope legis* y contabilizan en base a la cantidad cierta a cuyo pago se condena (SS de 28 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1993, 17 de febrero y 30 de diciembre de 1994, 19 de julio y 18 de noviembre de 1996, entre otras muy numerosas).

Lo expuesto resulta suficiente para que este motivo cuarto decaiga. No hay que dejar de lado, pues resulta influyente, que la sentencia del Juzgado no concedió los intereses que ahora se reclaman y dicho pronunciamiento quedó firme para la sociedad recurrente, al no haber planteado recurso de apelación.

Los intereses legales-procesales deben computarse desde la fecha de la sentencia de primera instancia y no desde la de la sentencia de apelación.—En el último motivo se denuncia infracción del artículo 921 LEC al condenar la sentencia recurrida al pago de los intereses de la cantidad que otorga desde su fecha, no desde la de primera instancia. La sentencia de apelación resultó revocatoria parcial, pues estimó la petición de la demanda de abono de 5.906.350 pesetas, no acogiendo la cantidad reclamada por gastos de negociación. El Tribunal de Instancia no hizo uso del arbitrio que le otorga el párrafo cuarto del referido artículo 921 y no razonó el cambio de criterio en relación a la sentencia de primera instancia, por lo que el motivo ha de ser acogido, estableciéndose los intereses legales-procesales desde la fecha de esta sentencia y no la de apelación (SS de 31 de mayo de 1994 y 19 de julio de 1996). (STS de 21 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La representación de una sociedad mercantil demanda a la de otra, reclamándole el pago de una cantidad y los gastos de negociación y devolución de los recibos devueltos, a lo que la demandada alega la existencia de un pago anterior a la cesión del crédito que reclama la cesionaria del mismo. La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda. Apelada esta sentencia, la Audiencia Provincial la revoca parcialmente, condenando al demandado-apelante al abono sólo de la cantidad adeudada y dejando sin efecto la condena en costas. Ambas partes recurren en casación esta última resolución y el TS desestima el recurso de la demandada-apelante y estima en parte el recurso de la demandante. (M. C. B.)

27. Asunción de deuda. La asunción de deuda liberatoria del antiguo deudor requiere consentimiento del acreedor, requisito sine qua non de la novación subjetiva pasiva ex artículo 1205 CC.—Se debe proclamar que el acreedor, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1205 CC, ha de prestar necesariamente su consentimiento para que surja la novación negociada por sustitución del deudor por otro nuevo —figura conocida doctrinalmente con la denominación de asunción de deuda—. Ahora bien, para que surja tal asunción de deudas, en cuanto supone la sustitución del primitivo deudor, por otro nuevo y ajeno a la convención originaria, ha de constar dicho asentimiento

siempre de modo claro, preciso, inequívoco y contundente, ya que crea una nueva y moderna relación obligatoria, como proclama la S de esta Sala de 27 de junio de 1991. Y en el presente caso se puede afirmar categóricamente que no ha habido aceptación alguna de cambio de deudor por parte de la entidad acreedora a través de la prueba documental obrante en autos y destacada en el *factum* de la sentencia recurrida.

El hecho de demandar al nuevo deudor en el procedimiento hipotecario del artículo 131 LH no supone el consentimiento del acreedor al cambio de deudor, sino que obedece a lo dispuesto en el núm. 5.º del precepto citado. No realiza un pago por tercero el que pretende asumir la posición de deudor.—Asimismo, es preciso proclamar, en contra de la tesis casacional de la parte recurrente, que el dato de haber dirigido el procedimiento del artículo 131 LH contra la misma signifique la aprobación como acreedor a la novación por cambio de deudor —asunción de deuda—; que ello no supone la expromisión que proclama el artículo 1205 CC; puesto que si se hizo tal cambio de demandado en el tantas veces repetido procedimiento sumario, fue acatando totalmente lo ordenado en la regla 5 del artículo 131 LH, y no con otros fines de reconocimiento de un cambio de deudor, dentro del ámbito negocial.

Sin que, por otra parte, pueda estimarse en el presente caso que el recurrente haya intentado o se encuentre en la situación de pagador de una deuda a favor de terceros, ya que lo que trataba, como ya se ha dicho, es asumir la posición de deudor, situación no contemplada en el artículo 1158 CC.

En conclusión, que no hay motivo o razón alguna que dé pie a una declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH en cuestión, ya que no se puede hablar ni de vencimiento de la obligación, ni por encontrarse impagadas las cuotas del préstamo hipotecario por causa de la negativa de *Cajamadrid* al cobro de las mismas; ya que en ningún momento se ha dado, y se vuelve a repetir, la asunción de deudas necesaria para que surja la novación que fundamentaría dichas tesis casacionales esgrimidas por la parte recurrente. (STS de 21 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El adquirente de una finca hipotecada insta la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH incoado por la entidad bancaria acreedora hipotecaria del anterior titular de la finca hipotecada. Tras obtener una primera sentencia favorable, la Audiencia revoca la resolución de instancia, por lo que el demandante interpone el recurso de casación, al que el TS declara no haber lugar por entender que se daban los presupuestos del procedimiento hipotecario, dado que el demandante de su nulidad no se había convertido en nuevo deudor del banco. (M. C. B.)

28. Compraventa de inmuebles: obligación de entregar los accesorios: la norma integradora del artículo 1097 CC.—La entrega de una cosa principal lleva consigo la de los accesorios que la sirven, sin que el artículo 1097 CC haga distinciones por su función, sea ésta más o menos esencial, para el manejo de la cosa principal o para ejercitar los derechos correspondientes sobre ella; así como la entrega de inmuebles presupone la aportación de la titulación o documentación acreditativa del derecho de propiedad u otro sobre los mismos, no aparece obstáculo legal para integrar como accesorios a los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución y la Memoria de Calidades del

inmueble perteneciente a una comunidad; la STS de 28 de junio de 1995 ha manifestado que el artículo 1097 CC, si bien no define lo que ha de entenderse por accesorios, actúa como norma integradora del contrato, a partir de la obligación de dar cosa determinada que configura el objeto de la prestación convenida, para autorizar su ampliación a lo propiamente accesorial y complementario de dicha cosa principal, que, en todo caso, precisa para que tenga efectividad y vincule al obligado, y es lo determinante, por resultar de exigencia, que el servicio que presten los elementos accesorios no sólo tengan existencia al momento en que nace la obligación, sino que los mismos sean efectivos y permanentes.

El artículo 1258 CC.—Tampoco ha sido vulnerado el artículo 1258 CC, pues la entrega de la documentación de que se trata es una secuela del contrato, en virtud de que nadie ostenta más méritos para tener consigo la documentación de la obra ejecutada que los propios adquirentes finales, habida cuenta de su decisiva trascendencia para la utilización de la edificación, así como la atención de las ineludibles labores de mantenimiento y reparación de la misma.

El artículo 7 de la Ley de edificación de 1999.—Aunque no resulta aplicable al caso, por su interés se trae a colación que, respecto a la documentación de la obra ejecutada, el artículo 7 de la Ley de 5 de noviembre de 1999, de ordenación de la edificación, dispone que, «una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el Director de la obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos», con la indicación de que «a dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que sea de aplicación», y la precisión de que «toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el *Libro del edificio*, será entregada a los usuarios finales del edificio», que operará como documentación registrada de la historia constructiva, y la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los Tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas, especialmente para los adquirentes finales del edificio, a los que se les entregará obligatoriamente un ejemplar de dicho Libro en un momento coincidente con el de la transmisión del inmueble.

Legislación de protección de consumidores.—El artículo 8 LGDCU establece que la oferta publicitaria, en cuanto a las prestaciones propias y las condiciones o garantía ofrecidas, se integra en el contrato y pueden exigirse aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo; a su vez el artículo 13.2 de dicha ley se refiere expresamente a las viviendas que se transmiten, e impone el deber de la entrega de la documentación completa suscrita por el vendedor (el promotor, en su caso), definidora, en planta a escala, del piso enajenado y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en la construcción, con especial referencia de aquellos a que el usuario no tenga acceso directo; y el Decreto de 21 de abril de 1989 se refiere a las informaciones a suministrar respecto a la oferta, promoción y publicidad que se realizase para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional, con exclusión de las efectuadas

mediante subasta pública, judicial o administrativa; de todo cuyo conjunto normativo resulta la obligación de entregar la documentación solicitada por la parte actora. (STS de 18 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar (Pte.: García Varela), tanto por aplicación directa de la legislación consumerista y del artículo 1097 CC, así como por la jurisprudencia recaída, como del principio que se deduce del artículo 1258 CC, y que para casos futuros ratifica el artículo 7 de la Ley de edificación de 1999. Un importante sector doctrinal sugiere una interpretación amplia del concepto de *accessorio* en el Código civil, sin sujeción a cánones hermenéuticos no recibidos en nuestro ordenamiento; interpretación aquélla más acorde, probablemente, con el estado actual de la técnica. (G. G. C.)

29. Compraventa de piso sujeto a LGDCU: defecto de cabida: indicación de superficie sin más precisiones: resolución por incumplimiento *allud pro alio*.—El piso vendido por documento privado por la sociedad anónima demandada, en régimen de propiedad horizontal y en fase de construcción, se afirma tiene una extensión, conforme manifiesta la inmobiliaria, de 116,8 metros cuadrados, sin expresión de si dicha superficie corresponde a los metros construidos o a los metros útiles, de manera que cuando el comprador comprueba, al poner el piso a su disposición, que la superficie aprovechable es sólo de 96,60 metros cuadrados solicita la resolución con los efectos restitutorios. Al ser un contrato sujeto a la legislación protectora de consumidores, hay que entender que la entrega al comprador de un piso con una superficie menor en más de veinte metros cuadrados de la esperada frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equipararse a un *allud pro alio*.

No se trata de venta a tanto alzado.—Tal como resulta de los términos del contrato, que recoge el documento privado, el supuesto debatido no encaja en el párrafo 1.º del artículo 1471 CC, sino en el segundo, en cuanto a que se expresa también una cabida determinada. Debe rechazarse aplicar la doctrina jurisprudencial del cuerpo cierto en cuanto que el contrato expresa una superficie, que no puede entregar el vendedor.

Validez de la venta pese a la infracción de normas administrativas.—Se alegan SSTTS de 14 de abril de 1992 y 22 de noviembre de 1994, pretendiendo que se ha violado la doctrina jurisprudencial que admite la validez del contrato civil, no obstante la infracción de una norma administrativa. Pero los casos resueltos por las sentencias referidas no son equiparables al presente, pues la *ratio decidendi* no se apoya en la existencia de una infracción administrativa, que comporta sólo una sanción de esta clase, sino en la repercusión de dicha infracción en el contrato civil, que no excusa las responsabilidades de este orden según el artículo 32 LGDCU. (STS de 20 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La diferencia entre lo prometido y lo entregado es de 20,2 metros cuadrados, lo que representa casi el 17% de la total cabida, fuera, por tanto, de los márgenes de tolerancia del artículo 1469 párrafo 2.º CC, procediendo en consecuencia aplicar lo que el precepto denomina *rescisión del contrato* (sobre este precepto v.

García Cantero *Comentarios Albaladejo*, tomo XIX, 2.^a ed. Madrid, 1991 p. 252 ss.). Resulta evidente que no se trata de un cuerpo cierto. La sentencia parece incardinar el supuesto en el artículo 1471, párrafo 2.º, normativa que se ha calificado de verdadero galimatías jurídico, sin precedentes inmediatos (*op. cit.* p. 256). Más adecuado parece calificarlo, como también hace la sentencia, de un supuesto de *aliud pro alio*. (G. G. C.)

30. Artículo 1483 CC: acciones del comprador de finca gravada con servidumbre no declarada.—Dicho precepto concede dos tipos de acciones: la de rescisión y la de indemnización. El plazo de ejercicio de ambas acciones es de un año, pero mientras que en la primera el *dies a quo* se sitúa en el momento del otorgamiento de la escritura de venta, en la de indemnización el plazo comienza a contar a partir del día en que el comprador ha descubierto la existencia de la servidumbre.

Acción subrogatoria. Requisitos de ejercicio.—Según consolidada jurisprudencia, el ejercicio de la acción subrogatoria no exige al acreedor la prueba de la total insolvencia del deudor ni que se haya formulado reclamación judicial previamente contra el mismo. Se admite que pueda acreditarse la inexistencia de otra clase de bienes en el mismo juicio entablado para deducir la acción subrogatoria.

Excepción de prescripción. Carga de la prueba. Corresponde a quien la opone.—Corresponde a quien opone la excepción de prescripción la cumplida demostración de que la acción interpuesta se hallaba ya extinguida en la fecha de su formulación. (STS de 26 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—*Edicol*, S.A. e *Incidsa* celebran un contrato de compraventa por el que la primera cede en pago de deuda una finca, que se hallaba gravada por servidumbre no aparente. La servidumbre consistía en un ramal de la Acequia de Mestalla aterrado y sin paso efectivo de aguas desde 1970, que menoscababa en 317 metros la superficie de las parcelas vendidas e impedía su edificabilidad o posibilidad de toda excavación en profundidad para aparcamientos subterráneos. La vendedora no informó a la compradora de la existencia de dicha servidumbre no aparente que, además, no se mencionaba en la licencia municipal concedida a *Edicol* el 29 de diciembre de 1989.

Incidsa procede a su vez a vender la finca a *Promosa*, que en enero de 1993 comienza las negociaciones con la Comunidad de Regantes de Mestalla, titular de la servidumbre, a fin de concretar la cantidad que debía satisfacerse a dicha Comunidad para que accediese al desvío del curso de la acequia en la medida necesaria para que pudiese construirse en los terrenos la obra proyectada por *Promosa*.

El 22 de enero de 1993 *Promosa* e *Incidsa* acuerdan en documento privado que la segunda sufrague a la primera los gastos de desvío, que ascendieron a dieciocho millones de pesetas.

El 4 de marzo de 1993 *Promosa* y la Comunidad de Regantes de Mestalla llegan al acuerdo definitivo, otorgándose la correspondiente escritura pública el 17 de junio de 1993.

El 12 de enero de 1994 *Incidsa* interpone demanda contra *Edicol*, S.A. y contra *Aumsa*; respecto a *Edicol* se ejercitaba la acción derivada del artículo 1483 CC, solicitando la condena al abono de la indemnización precedente. Contra *Aumsa* se formulaba acción subrogatoria del artículo 1111 CC y, subsidiariamente, la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC. A los Autos fue aportada certificación del Registro Mercantil de Navarra según la cual *Edicol* presentaba unas pérdidas acumuladas de 118.236.960 pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena solidariamente a las demandadas al abono de la suma reclamada.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por *Aumsa*, que había opuesto la excepción de prescripción o caducidad, absolviendo a dicha entidad. Del relato que nos ofrece la sentencia analizada se deriva que el fallo de la Audiencia se basó fundamentalmente en las declaraciones testificales de los Arquitectos que redactaron el proyecto o parte del proyecto de obra de *Promosa*; a partir de las declaraciones resultaba que dichos Arquitectos habían visto la acequia cuando comenzaron las obras a principios de 1993, si bien habían tenido conocimiento de la existencia de la misma a mediados de 1992.

NOTA.—Llama la atención que en este caso el TS revise en vía casacional la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial. De hecho, el punto central de la sentencia analizada consiste en la determinación del momento a partir del cual cabe entender que la demandante tuvo conocimiento de la existencia de la servidumbre. En reiteradas ocasiones el TS se ha mostrado en contra de llevar a cabo este tipo de valoraciones, advirtiendo que la casación no es una tercera instancia (véase a título de ejemplo la reciente STS de 8 de marzo de 2002).

En la presente sentencia, el TS, consciente del carácter excepcional de su actuación, la justifica del siguiente modo: «Ciertamente no es procedente —salvo en supuestos excepcionales— realizar en vía casacional un examen de la apreciación de la prueba que dentro de lo que es facultad específica del Tribunal de instancia ha sido realizada por éste, del que pudiera llegar a obtenerse una distinta valoración de los elementos probatorios obrantes en autos. Sin embargo, en el caso que nos ocupa y pese al detenido examen que de la totalidad de lo actuado ha llevado a cabo la Audiencia Provincial, cabe formular objeciones a las conclusiones que en la sentencia recurrida se formulan» (FD 2.º). (B. F. G.)

31. Vicios en la cosa vendida. Acciones protectoras que pueden ser ejercitadas por el comprador.—Ante la aparición de un vicio oculto en el objeto de la compraventa, a la parte compradora no sólo se le posibilita el ejercicio de las acciones protectoras de los vicios ocultos, sino además las que derivan del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos en general (SSTS de 1 de junio de 1982, 10 de junio de 1983, 20 de febrero y 19 de noviembre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 15 de junio de 1987).

Distinción entre vicios ocultos y cumplimiento defectuoso.—La normativa de vicios ocultos no debe aplicarse cuando los defectos sobrepasen mani-

fiestamente tal concepto. En el caso de vicios o defectos constructivos, no serán considerados como vicios, ya que por su propia naturaleza no se manifiestan en el corto espacio de tiempo que señala el artículo 1490 CC. (STS de 3 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Se formalizó contrato de compraventa por el que los compradores adquirían partes indivisas de un local destinado a aparcamiento que se materializaba en espacios delimitados para esa finalidad. No obstante, se les entregó un objeto inhábil para el uso que se pretendía, no revistiendo las condiciones de capacidad, idoneidad y aptitud necesarias, debido a que su acondicionamiento como aparcamiento afectaba la estructura y piso de la planta. Ante el peligro que suponía para la estabilidad del edificio las grietas y fisuras en la planta, que se agravaban con el paso del tiempo, la autoridad municipal ordenó su urgente reparación a los propietarios, que lo realizaron a su costa. Ante el Juzgado de Primera Instancia se presentó por parte de los propietarios, así como de la propia comunidad de propietarios de la finca, contra los herederos del vendedor demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios. La sentencia estima parcialmente la demanda, obligando a la indemnización por los daños concretados en el importe de las obras, incluidos los honorarios profesionales y demás gastos, absolviendo a los demandados de la pretensión de resarcimiento de la comunidad de propietarios. Se presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que lo estima y revoca la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—El TS no ha establecido criterios precisos para diferenciar entre las prestaciones defectuosas o caracterizadas por vicios ocultos. Se precisa si la prestación es defectuosa o distinta, o si carece el objeto de los elementos o cualidades esenciales por las que se contrató, con lo que el supuesto se considera de entrega de objeto distinto del pactado (SSTS de 7 de junio de 1996, 28 de febrero y 4 de julio de 1997 y 30 de octubre de 1998). En particular, los casos de plazas de aparcamiento cuando son inadecuadas para la finalidad para la que se adquirieron, la doctrina jurisprudencial es casi unánime aplicando la regla general sobre el incumplimiento contractual (SSTS de 29 de diciembre de 1984, 24 de diciembre de 1986, 17 de julio de 1987, 26 de octubre de 1990 y 8 de abril de 1992). La sentencia anotada continúa con la línea expuesta. (P. S. S.)

32. Resolución por incumplimiento. Actitud del incumplidor.—El TS ha declarado en numerosas ocasiones que la resolución de un contrato de compraventa conforme a los artículos 1124 y 1504 CC no exige necesariamente una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que con el comportamiento de aquél quede frustrado el fin del contrato para la otra parte. Dicho incumplimiento no comporta necesariamente una actitud resistente al cumplimiento «... tenaz y persistente...», sino es suficiente una conducta obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en los que se pactó (SSTS de 12 de mayo de 1988, 21 de julio de 1990, 16 de mayo de 1992, 30 de julio de 1997 y 24 de octubre de 1998), de modo que dicha conducta vaya en con-

tra de la finalidad del contrato, frustrando las legítimas aspiraciones de la contraparte (FD 2.º).

Doctrina acerca del requerimiento al deudor ex artículo 1504 CC. Requerimiento resolutorio y concesión de nuevo plazo.—Si bien el artículo 1504 CC contempla con respecto a la venta de inmuebles la concesión al deudor de la posibilidad de efectuar el pago, aun cuando ya haya expirado el plazo o plazos contractualmente establecidos, cuando dicho requerimiento tenga lugar bien judicialmente o por acta notarial, éste tendrá naturaleza inequívocamente resolutoria, y opera como un acto obstativo al pago «... y declarativo de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato...» (SSTS de 2 de diciembre de 1993 y de 16 de marzo de 1995) (FD 2.º). (STS de 25 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 15 de abril de 1991, don P. R., en nombre y representación de don P. L., procedió a la venta en escritura pública de un local comercial, fijándose el precio de venta del mismo en 21.600.000 pesetas, de los cuales se declaraban recibidos 5.000.000 pesetas, quedando el resto aplazado y dividido en cincuenta y cinco cuotas mensuales, sucesivas y consecutivas, representadas por igual número de letras de cambio, por un importe de 300.000 pesetas cada una de ellas, a excepción de la última, de 400.000 pesetas. Igualmente se estableció que la falta de pago de dos de cualquiera de las cambiales daría lugar a la resolución del contrato con la notificación en tal sentido por el vendedor, quien recuperaría la propiedad y la posesión del local, con todas las mejoras introducidas, haciendo suyas las cantidades recibidas a cuenta. En noviembre de 1994, ante el impago de diversas letras de cambio desde junio de 1993, don P. L. dio por resuelto el contrato mediante requerimiento notarial a don S. C., a lo cual contestó que estaba a disposición del vendedor un talón nominativo por el importe del precio restante, y que «la demora» en el pago se debió a las siguientes razones: en primer lugar, a las evasivas del vendedor a recibir el dinero; en segundo, a la imposibilidad de hacer un ofrecimiento formal a don P. L. al haber sido revocado el poder a favor de don P. y, finalmente, la falta de domicilio del vendedor en España. Don P. L. demandó a don S. siendo desestimada su petición. Recurrida en apelación dicha resolución, la Audiencia Provincial revocó dicha sentencia, declarando resuelto el contrato de compraventa, con restitución al demandado de las sumas entregadas, a excepción de la cantidad de 6.000.000 de pesetas, que, en concepto de indemnización, quedaban en propiedad del apelante. La representación legal del comprador interpuso recurso de casación alegando como único motivo la infracción de los artículos 1.124 y 1.504 CC, así como la jurisprudencia sobre el mismo.

NOTA.—El TS vuelve a reiterar su jurisprudencia acerca del incumplimiento resolutorio ex artículo 1124 CC, al margen de la llamada «*voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*». Sin embargo, no parecen estar muy claros los extremos sobre los que el TS se pronuncia en la sentencia que anotamos. Si bien comienza analizando la resolución del contrato de compraventa a la luz de los artículos 1124 y 1504 CC, artículos alegados por la

parte recurrente en el único motivo sobre el que se formula el recurso de casación, analizando la posible calificación de la conducta del comprador que deja de pagar el precio, y entendiendo que en el supuesto concurre la conducta del comprador contraria al cumplimiento aun cuando ya se había pagado una parte considerable del precio pactado, sin embargo, viene a decir que el supuesto «... del debate parece más incardinable en el contexto del artículo 1123 CC» (FD 2.º), dando a entender que no nos encontramos ante un supuesto de resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 CC, sino ante el simple juego de una condición resolutoria contractualmente pactada cual era la contenida en el cláusula referida a la falta de pago de dos de cualquiera de las letras de cambio, conforme a la cual, producido dicho impago, tendrfa lugar la resolución del contrato «... sólo con la notificación en tal sentido del vendedor...». Por otra parte, aunque en el FD 2.º se hace mención al acuerdo que alcanzaron ambas partes conforme al cual decidieron «... zanjar, de una vez, la deuda pendiente hasta la fecha ...», motivo por el cual el comprador solicitó, con anterioridad al requerimiento notarial, un crédito para hacer frente a dicha deuda, el TS no entiende que dicho acuerdo sea calificado como una novación modificativa tanto del modo de pago del precio como del plazo del mismo, ni siquiera entra a conocer el asunto, por entender que se introducen datos fácticos diferentes de los tenidos en cuenta por la resolución recurrida. (R. D. O.)

33. Venta en garantía. Admisibilidad por la jurisprudencia.—La venta en garantía constituye una modalidad de garantía atípica admitida por la jurisprudencia en aplicación del artículo 1255 CC; no existe, sin embargo, una orientación dogmática unitaria y perfectamente definida sobre dicha figura.

Venta en garantía y simulación relativa. Validez de la venta en garantía disimulada.—La venta en garantía con causa verdadera y lícita puede ser considerada existente y válida como negocio disimulado bajo otro negocio jurídico aparente carente de causa o con causa falsa.

Venta en garantía. Titularidad de los adquirentes.—La jurisprudencia del TS atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal y un *ius retinendi* (SSTS de 2 de febrero de 2002, 5 de diciembre de 2001, 17 de julio de 2001 y 26 de abril de 2001).

Extensión del poder. Poder para constituir garantía.—El TS considera que si el poderdante otorga amplísimas facultades, entre ellas la facultad de constituir cualquier tipo de garantía, el apoderado puede realizar una venta en garantía sobre los bienes incluidos en el poder.

Acciones relacionadas con la simulación. Carácter imprescriptible.—Las acciones que pretenden declarar la simulación absoluta e investigar en el negocio disimulado (a no confundir con la acción derivada del propio negocio oculto) son acciones de nulidad y, como tales, son imprescriptibles, pues los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tracto tempore convallescere*.

Acciones de impugnación de contrato realizado a nombre de otro sin poder o excediéndose del concedido.—Se trata de supuestos de inexistencia

o nulidad radical según la mayoría de la jurisprudencia dictada en aplicación de los artículos 1727.II CC y 1259.II CC (SSTS de 3 de noviembre de 2000, 27 de septiembre de 1995 y 11 de junio de 1966, entre otras). Se separa de este criterio y las califica de acciones de anulabilidad la STS de 12 de junio de 1997. (STS de 14 de marzo de 2002; ha lugar en parte.)

HECHOS.—El 28 de abril de 1984 J. M. M. S. y su esposa envían una carta a P. M. y M. R. en la que reconocen la existencia de unos avales por éstos firmados con motivo del crédito contraído por J. M. M. S. con la *Caja General de Ahorros de Tenerife*. Con el fin de compensar la carga que el cumplimiento de estos avales iba a suponer para P. M. y R. M., J. M. M. S. y su esposa se comprometen a otorgar poder notarial a favor de los citados avalistas para administrar, comprar, vender, permutar y constituir hipotecas y todo tipo de garantías respecto de dos bienes inmuebles propiedad de los poderdantes. Dicho poder, de carácter irrevocable, autorizaba asimismo a la autocontratación.

El 15 de diciembre de 1984 los apoderados, actuando por sí y en representación de J. M. M. S. y su esposa M. O. P., realizan notarialmente escritura pública de compraventa en virtud de la cual adquieren para sí, en uso del poder indicado, uno de los inmuebles por un precio de 5.000.000 de pesetas. El inmueble adquirido se inscribe en el Registro de la Propiedad por mitades indivisas, a nombre de ambos compradores.

J. M. M. S. y su esposa M. O. P. interponen demanda contra P. M. y M. R. exigiendo, entre otras cosas, la rendición de cuentas relacionada con la citada compraventa; solicitaban, además, la declaración de nulidad de la misma por simulada y por fraude cometido en su otorgamiento, excediéndose del poder y de las facultades en él comprendidos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la reconvenición formulada por los demandados. La Audiencia estima en parte el recurso interpuesto por los demandantes y declara la nulidad del contrato de compraventa así como del contrato de garantía que se alegaba como subyacente bajo la misma. Los demandados interponen recurso de casación. (B. F. G.)

34. Simulación relativa: escritura de compraventa que encubre una donación de inmuebles. Los herederos del causante-vendedor tienen legitimación *ad causam* pues los contratos nulos de raíz por falta de forma esencial no son convalidables por actos propios.—Sostiene la sentencia de instancia que la STS de 24 de octubre de 1995, siguiendo la línea marcada por la de 30 de junio de 1994, proclama que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir tal derecho en el causante, y por consiguiente no habérselo podido transmitir *mortis causa*, careciendo los actores de un interés jurídico tutelable, al no verse perjudicados en sus derechos como consecuencia del acto de liberalidad realizado a favor de un tercero.

El criterio de la sentencia es acertado en líneas generales, pero no puede admitirse cuando la impugnación se refiere a la falta en el negocio jurídico

disimulado de una formalidad sustancial (*ad solemnitatem, ad substantiam o ad constitutionem*) determinante de inexistencia o nulidad radical, como ocurre con la exigencia de escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles (obviamente la imputación de inidoneidad de la aparente compraventa para cubrir la exigencia del art. 633 CC equivale a la denuncia de su falta), y en este sentido ya se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial (SS de 16 de febrero de 1966, 24 de octubre de 1995 y 14 de diciembre de 1999, entre otras), pues la inexistencia o nulidad radical no puede ser objeto de confirmación, o convalidable por los actos propios (SS de 11 de diciembre de 1986, 7 de enero de 1993, 3 de mayo de 1995 de 21 de enero y 26 de julio de 2000).

La exigencia de motivación de la sentencia no impone un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todas las alegaciones efectuadas, sino la expresión de los fundamentos jurídicos del fallo.—Esta Sala viene reiterando, en perfecta sintonía con la doctrina del TC, que no es preciso un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en el que se analicen todas las alegaciones efectuadas, porque lo verdaderamente trascendente, con independencia de la extensión —pues una motivación escueta y sencilla puede ser suficiente—, es que se expresen las razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la razón causal del fallo o *ratio decidendi* del mismo.

La obligación de incluir la declaración de hechos probados no impone una relación formal de los mismos, sino que basta con que sean suficientemente apreciados a través de los fundamentos jurídicos.—La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que no es precisa una relación formal de hechos probados, pues basta que resulten apreciados con suficiencia a través de los fundamentos jurídicos (SS, entre otras, de 7 de febrero de 1998, 17 de julio y 25 de septiembre de 1999, y 25 abril y 15 de octubre de 2001), máxime cuando no se da ninguna complejidad que exija la separación (S. 16 de septiembre de 2001).

La declaración de un hecho como probado no exige individualización de los elementos probatorios tomados en cuenta, pues basta su deducción de una apreciación conjunta de las pruebas.—Es claro que la sentencia recurrida realiza una valoración conjunta de las pruebas para sentar las apreciaciones fácticas que recoge en el fundamento segundo, y si bien resulta más adecuado efectuar una individualización de los elementos probatorios tomados en consideración, no se produce el defecto denunciado cuando, en casos como el presente, la apreciación de una relación afectiva y de familiaridad se deduce de una valoración global de todos ellos, tanto más si se tiene en cuenta que la resolución recurrida hace referencia a algunas pruebas (testifical y documental del f. 73) en cuanto a aspectos puntuales de especial importancia.

La exigencia de que la sentencia refleje el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión judicial no impone una especial estructura de los razonamientos, siendo suficiente con que consten las reflexiones y las razones de hecho y de derecho que fundamentan el fallo.—Si bien es preciso que el discurso de la sentencia refleje el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión judicial (SS, entre otras, de 14 de abril y 20 de julio de 1998, y 26 febrero y 27 de marzo de 1999), sin embargo no se impone una especial estructura de los razonamientos (S. 19 de abril de 2000) y basta con que se expresen las reflexiones, razones de hecho y de derecho, que fundamentan el fallo (SS de 28 de febrero, 3 de marzo y 16 de octubre de 1998 y 30 de marzo de 1999). Y ello se ha cumplido plenamente en la sentencia de ins-

tancia, en cuyos fundamentos segundo y tercero se razona suficientemente la decisión que se adopta en orden a acoger la existencia de una donación encubierta ordinaria en lugar de una remuneratoria. De ahí que deba rechazarse la alegación del motivo consistente en que «se observa que en el camino que conduce hasta su decisión, el juzgador no presenta exteriorizado el engarce preciso entre el hecho que considera probado —y en base a qué pruebas— y la conclusión jurídica consecuente».

La incorrección en la argumentación es algo ajeno a la motivación que es un requisito formal de legalidad ordinaria.—En la resolución objeto de recurso no se da ningún error relevante o arbitrariedad, con independencia de si lo argumentado es o no correcto, lo que obviamente es ajeno al tema de la motivación, como derecho, o más bien principio, que constituye un requisito formal de legalidad ordinaria (arts. 248 LÓPJ, 359 y 372 LEC 1881) y mandato constitucional (art. 120.3 CE) —formando parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)—, que supone el derecho a obtener una respuesta motivada y fundada en derecho, ajena a todo asomo de arbitrariedad.

No es incongruente la sentencia en la que se debate sobre una cuestión sobre la que se razona en los escritos de alegaciones de la demanda y de la contestación.—El motivo carece de inconsistencia y por consiguiente debe ser rechazado, porque el tema de la donación encubierta, que es a la que se refiere el motivo fue planteado en la demanda y en la contestación, en cuyos escritos de alegaciones se razonó con amplitud, tal y como se argumentó en la sentencia recurrida, y resulta de los fs. 4, 7v, 53 a 55 y 58 y 59. Por todo ello, el juzgador se ajustó al principio *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, y no se ha producido incongruencia por alteración de la *causa petendi*, ni efecto sorpresivo alguno que pudiera determinar la indefensión. Por otro lado, no era necesario para que se pudiera debatir el tema que se hubiera formulado una petición en la súplica de la contestación, como se sostiene en el recurso; lo que debe entenderse sin perjuicio de la impropiedad formal de la referencia a la donación que se recoge en el fallo de la resolución del Juzgado, que sin embargo carece de entidad para entender que se da un supuesto de incongruencia.

Pese a que el criterio de la Sala no ha sido constante al respecto, la escritura pública de compraventa integra la exigencia formal de la donación de inmuebles, impuesta por el artículo 633 CC, que no debe interpretarse de modo excesivamente rigorista.—La cuestión jurídica se reduce, por consiguiente, a si la escritura pública en que se exterioriza una compraventa es idónea para integrar la exigencia formal que la ley prevé para la donación, siempre en la suposición de que ha resultado plenamente acreditado que la voluntad real de los intervinientes fue la de dar vida a una donación, porque, como dice la S de 7 de diciembre de 1948, y reitera la de 7 de enero de 1975, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato. Una poderosa corriente doctrinal es contraria a admitir la posibilidad que se examina. Se razona que no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente y que resulta patente la inaptitud de la escritura de compraventa (simulada) para llenar la forma del artículo 633 CC porque no expresa, ni puede expresar, las circunstancias que éste exige. En definitiva, que no refleja la causa de liberalidad, ánimo de donar y volun-

tad de aceptar la donación. En sentido opuesto se alega que las partes serían fingidos compradores y reales donatarios, que cuando el Notario estaba autorizando una compraventa en realidad estaba autorizando una donación, la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los interesados, el principio de conservación del contrato, razones de equidad, y especialmente que la tesis negativa adolece de un excesivo rigor formal. La jurisprudencia ha sido sensible a las dos posturas. En un sentido contrario a la donación encubierta se han manifestado, entre otras, las SS de 3 de marzo de 1931, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 29 de octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 19 de octubre y 9 de diciembre de 1959, 10 y 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 22 de abril de 1970, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994; y en sentido distinto se manifestaron las de 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 2 de junio y 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo y 26 de junio (se encubre en préstamo) de 1961, 16 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1966, 10 de marzo de 1978, 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989, 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998, 2 de noviembre y 14 de diciembre de 1999. En el seno de la jurisprudencia, aparte de otras resoluciones que soslayaron el problema desde diversas perspectivas, se advierte una orientación intermedia en la que se contempla un régimen más permisivo para las donaciones remuneratorias que para las puras y simples. Sin embargo, aunque es cierto que en las primeras sentencias defensoras del rigor formal se aludía especialmente a las donaciones puras y simples, y que la mayoría de las decisiones favorables se refieren a donaciones remuneratorias, si bien no siempre condicionando este carácter a la aplicación de la doctrina de la validez, lo cierto es que algunas Sentencias, incluso recientes (como la de 7 de diciembre de 1993), explícitamente se manifiestan contrarias en todo caso, sea la donación simple, modal, remuneratoria u onerosa, y otras no establecen diferencia de trato en materia de simulación, sea contrario o favorable, entre las remuneratorias y las ordinarias, lo que por lo demás parece tener cierto sentido porque, haciendo abstracción de factores históricos (las remuneratorias fueron objeto de un trato distinto) y de índole probatoria (exteriorización de su existencia), no se advierte, en cuanto al momento de su formación, diferencia sustancial que lo explique, dado que la jurisprudencia exige la forma del artículo 633 CC para las donaciones remuneratorias (SS de 24 de octubre de 1985, 27 de septiembre de 1989, 16 de febrero de 1990 y 7 de mayo de 1993, entre otras), y a las mismas es también aplicable la exigencia del ánimo de liberalidad, con independencia del «plus» jurídico de la cualificación causal consistente en el beneficio o servicio que se remunera.

Expuesto lo anterior, que responde singularmente al propósito de dar satisfacción motivada al encomiable esfuerzo argumentativo sobre la jurisprudencia de esta Sala efectuado en el motivo del recurso que se examina, la presente decisión se manifiesta en el sentido de no extremar el rigor formal del artículo 633 CC, en la línea de la jurisprudencia favorable a la donación encubierta, que es mayoritaria en las últimas sentencias de la Sala, tomando en cuenta, —como presupuesto básico y mecanismo de ponderación de las

diversas soluciones adoptadas—, «las circunstancias del caso concreto», como exigen entre otras las SS de 19 de noviembre de 1987 y 30 de diciembre de 1998.

De la narración fáctica de la sentencia recurrida, y circunstancias personales de los interesados en el negocio jurídico cuestionado, con «integración del *factum*» en aspectos complementarios de interés, se deduce claramente justificada la realidad de la donación, su razón de ser y necesidad de protección jurídica, e incluso es preciso decir, como mero cambio de punto de vista jurídico ajustado al principio *iura novit curia* sin merma alguna para los principios y garantías procesales, y en el ámbito de la función calificadora contractual, que nos hallamos ante una donación remuneratoria.

No carece de causa la donación encubierta bajo la forma de compraventa, por el hecho, no probado, de perseguir intenciones defraudatorias del Erario Público.— Por una parte, al haberse probado la existencia de una causa encubierta válida (donación, en el caso remuneratoria) es de aplicación el artículo 1276 CC en su inciso segundo, por lo que se da un supuesto de simulación relativa. Y por otra parte no cabe examinar la alegación de ilicitud de la causa porque la parte actora, aquí recurrente, carece de *legitimitio ad causam* para denunciar la supuesta finalidad defraudatoria del Erario Público que atribuye a la escritura de simulación (arts. 659, 661, 1302 y 1306 CC; principio del *nemo auditur*; SS, entre otras, de 3 de abril de 1962, 22 de abril de 1963, 5 de julio de 1966, 20 de mayo de 1985 y 15 de octubre de 1999); además de que —*ex abundantia*— la afirmación carece de base fáctica —que no la puede constituir una mera conjetura de la sentencia de primera instancia, la transmisión se liquidó como donación (f. 275 de autos) y que la jurisprudencia moderna viene reiterando que las hipotéticas infracciones fiscales no afectan a los derechos sustantivo civiles. (STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Una señora, sintiendo próxima su muerte que, efectivamente, se produjo días después de los hechos origen del litigio, otorga testamento ante Notario instituyendo herederos por partes iguales a sus dos hermanos. En la misma fecha y ante el mismo fedatario público, otorga escritura pública de compraventa de una vivienda de su propiedad a favor del hijo de un matrimonio que la había venido cuidando y asistiendo durante largo tiempo, fijándose el precio de la casa en 2.000 pesetas. Los herederos de la difunta, en concepto de tales, formulan demanda contra el comprador, solicitando la declaración de nulidad de la compraventa celebrada por estimarla un negocio absolutamente simulado y, subsidiariamente, la rescisión del mismo por lesión *ultradimidium*. Ambas sentencias de instancia desestiman íntegramente la demanda por considerar la escritura como recipiente de una donación encubierta existente y válida, con la única diferencia entre ambas resoluciones de que la primera califica al negocio como de donación remuneratoria, en tanto que la segunda entiende existente una donación simple. Recurrida esta última sentencia en casación, el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

35. Carácter gratuito de la donación onerosa o modal.—El hecho de que la donación realizada se convierta en onerosa o modal no transforma el carácter gratuito de la donación. Esta afirmación imposibilita la aplicación del artículo 1355 CC, que establece la posibilidad de que los cónyuges, por mutuo acuerdo, modifiquen el carácter de los bienes adquiridos a título oneroso. Para su aplicación sería necesario equiparar la donación onerosa o modal a un negocio de carácter oneroso, y no resulta el caso, ya que es imposible entender como tal la donación.

Donación modal y onerosa. Distinción entre el *animus donandi* y la motivación particular.—Toda donación se establece como la transmisión de un bien gratuitamente, aceptándolo a título de liberalidad, lo que constituye el *animus donandi*. Mientras que la motivación es el impulso que pertenece a cada sujeto para realizar el negocio, y que convierte a la donación en modal, sin que transforme la naturaleza del negocio (STS de 15 de junio de 1995). En lo que respecta a la donación remuneratoria o a la donación por causa onerosa, ambas se rigen por un ánimo de favorecer con una ventaja, presuponiendo unos méritos del predonatario, no obstante el donante no está obligado a hacerlo. El gravamen impuesto ha de ser inferior al valor de lo donado (STS de 23 de octubre de 1995). (STS de 26 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En 1976, el Sr. I. H. contrajo matrimonio con la Sra. B. I. En marzo de 1980, los padres del primero, en virtud de escritura pública, donaron una vivienda a su hijo, y el donatario se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el bien inmueble adquirido. Posteriormente en 1991, en la escritura de capitulaciones matrimoniales, el matrimonio pacta el régimen económico ganancial de separación de bienes y acuerdan la disolución de la sociedad de gananciales, y al hacer inventario de la comunidad, afirman que la vivienda les pertenece por compra a los padres del Sr. I. H. Ante el Juzgado de Primera Instancia se presenta demanda en la que se solicita la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, la privaticidad del bien inmueble del Sr. I. H. y la nulidad de las inscripciones registrales, a lo que se opone la esposa demandada. Se dicta sentencia estimando la demanda, y declarando el carácter privativo de la vivienda, al padecer un error el demandante por confundir la atribución del carácter ganancial de la vivienda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la esposa demandada, entendiéndose que no hubo tal error. Se interpone recurso de casación, y el TS resuelve a favor del mismo.

NOTA.—La sentencia anotada continúa la línea que establece que en la donación el *animus donandi* consiste en la voluntad del donante de enriquecer gratuitamente al donatario. A esto se le une en la donación modal u onerosa la consecución de otros fines, y «la liberalidad es el vehículo para su obtención» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos, 9.ª edición). La asunción de la carga por parte del donatario no debe considerarse como contraprestación a la liberalidad; de lo contrario, sí resolveríamos a favor de una transformación a un contrato oneroso. (P. S. S.)

36. Donaciones inoficiosas. Concepto. Al no haber activo hereditario no es necesario el cálculo de las legítimas.—Se entiende por «donación inoficiosa aparte de las que excedan de los límites de la disposición testamentaria —art. 636 CC— las incursas en la sanción del artículo 819.3 CC, en el sentido de que las donaciones hechas a los hijos que no tengan concepto de mejoras se imputarán a su legítima, y en cuanto fueran inoficiosas o excedieran de la cuota disponible se reducirán según las reglas de los artículos siguientes, siendo el artículo 820 CC el que establece la forma de reducción de dichas donaciones, esto es, fijada la legítima, a tenor de los preceptos citados, se hará la reducción según los tres supuestos que enumera» (STS de 28 de febrero de 2002).

Los referido cálculos legitimarios parten del presupuesto de la existencia de un caudal relicto a la muerte del causante/donante sobre el que se pueda calcular la cuantía de las legítimas. En relación con la sentencia anotada se exigiría un patrimonio en el que se pudiera fijar esa cuantía a repartir entre los herederos legitimarios, en este caso, la hija de la donante y por derecho de representación, dada la premoriencia del padre, los nietos de la misma, presupuesto que no concurre a tenor de los hechos acreditados al no restar activo hereditario al fallecimiento de la donante. En tal supuesto «las donaciones son inoficiosas y procede la reducción, por lo que huelgan las acusaciones de que la sentencia ha obviado el trámite de fijar previamente la legítima para determinar si las donaciones efectuadas por la causante de la demandada excedían o no de los límites establecidos, porque perjudicaban o no a la legítima, ya que ante la carencia de ese patrimonio no es posible fijar cálculo alguno por imposibilidad material al no acaecer presupuesto patrimonial para habilitar la legítima de los descendientes en relación con el *totum patrimonial*» (STS de 28 de febrero de 2002).

Imputación de donaciones. Colación. Diferencia entre ambas.—La donataria demandada esgrime a su favor la existencia de varias donaciones con fecha de 22 de diciembre de 1987 que tienen como destinatario a su hermano pero sin acreditar ni constatar la existencia de las mismas. Con ello pretendía rebatir no sólo que sus donaciones no eran inoficiosas sino la existencia de otras a favor del causante de los actores para que se declarase que las mismas eran colacionables a los efectos de proceder a su imputación en el relicto para determinar la afectación o no de las donaciones litigiosas y determinar si las mismas eran colacionables. La falta de acreditación de tales donaciones hace inútil la alegación. No obstante, esta alegación nos abre paso para diferenciar entre imputación y colación, institutos que a menudo son confundidos por el TS.

En ocasiones el TS se limita, al hablar de la colación, a transcribir el artículo 1035 CC (STS de 28 de noviembre de 1899). En otras, confunde la imputación de las donaciones con la colación de las mismas: «ahora bien, si tenemos en cuenta que, como se ha anticipado en el fundamento primero, las mismas se imputarán a los tres tercios y no sólo a los de mejora o libre disposición, obvio es que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1035 CC, deben traerse a la masa hereditaria los bienes donados» (SSTS de 3 de abril de 1936 y 9 de enero de 1995).

Como buen ejemplo de una correcta aplicación de la institución de la colación en relación con la computación y la imputación podemos señalar la STS de 17 de marzo de 1989 cuya parte dispositiva dispone que «la reducción de las disposiciones efectuadas a título gratuito responde a la finalidad de sal-

vaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 CC, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su cuota hereditaria» (STS de 17 de mayo de 1989). (STS de 28 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—F. R. S., casada con G. B. falleció el 3 de enero de 1993. De este matrimonio nacieron dos hijos: G. B. R. y M. B. R. G. B. R., fallecido el 26 de julio de 1987, contrajo matrimonio con M. S. LL. de cuya unión nacieron tres hijos: J. F. y N. F. R. Se otorgó a favor de su hija varias escrituras de donación, haciendo constar en las mismas que dichas donaciones no perjudicaban los derechos legitimarios por cuanto quedan bienes suficientes para cubrir tales derechos. Además se reserva la donante el usufructo vitalicio de los inmuebles objeto de donación, declarándolas de carácter no colacionable.

Por otra parte, los hermanos B. R. eran dueños por mitades indivisas de una superficie de 6.000 metros cuadrados en donde se ubicaba un bar denominado *L'Agulla* cuyas ganancias se entregaban a la madre de ambos. F. R. S. dona asu hija M. B. R. con carácter no colacionable el mencionado negocio.

Finalmente, F. R. S. otorga testamento abierto el 4 de mayo de 1990 en el cual dispone que lega a cada uno de sus tres nietos J., F. y N. B. S. la cantidad de 1.000.000 pesetas y nombra herederos universales de todos su bienes, derechos y acciones a su hija M. B. R. y a sus tres nietos en la proporción de una mitad indivisa a la primera y la restante mitad indivisa, por terceras partes indivisas, a dichos nietos.

Consta en autos que al fallecimiento de F. R. S. ésta no era titular dominical de bien inmueble alguno, siendo únicamente titular de la mitad indivisa del saldo existente en diversos bancos que apenas si alcanzan los 3.000.000 pesetas.

J., F. y N. B. S. interponen demanda solicitando se declare la nulidad de las donaciones efectuadas y, subsidiariamente, la inoficiosidad de las mismas debiendo reducirse en la proporción necesaria para que sean respetados los derechos legitimarios en relación con la herencia de F. R. S.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial descartan la petición principal de nulidad de las citadas donaciones estimando que son inoficiosas porque al fallecimiento de la donante su patrimonio era prácticamente inexistente. Igualmente declara la nulidad de la donación contenida en la escritura de 27 de julio de 1992 por carecer de poder dispositivo la donante. La donataria y demandada interpone recurso de casación. El TS declara no haber lugar al mismo. (M. F. N. C.).

37. Contrato de *leasing* o arrendamiento financiero.—La naturaleza jurídica de esta figura negocial importada de los EE. UU., es, conforme a la

jurisprudencia del TS, la de un contrato de arrendamiento con opción de compra, la cual se añade al arrendamiento por un precio residual (SSTS de 10 de abril de 1981, 26 de junio de 1989, 28 de mayo de 1990, 29 de mayo y 15 de junio de 1999, y 7 de marzo, 12 de mayo, 29 de mayo, 11 y 31 de octubre, 21 y 28 de diciembre de 2000). La doctrina coincide a la hora de calificar el contrato de *leasing*, como un contrato atípico, mixto, en el que en un mismo negocio se unen la cesión de uso, a cambio de una contraprestación económica, y una opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado. Para el ejercicio de dicha opción se fija el llamado valor residual, que se corresponde con el valor de la cosa ya desgastada por el uso.

Distinción con respecto a la compraventa de bienes muebles a plazo. Coincidencia del valor residual establecido con el importe de las cuotas mensuales fijadas.—El TS entiende que el hecho de que el valor residual fijado a efectos del ejercicio de la opción de compra sea superior, inferior, e incluso coincidente con el importe de las cuotas mensuales, no es óbice para desvirtuar la naturaleza del contrato de *leasing*, ni para entender que el mismo es un negocio aparente que realmente esconde un contrato de compraventa a plazo de bienes muebles, conforme a la regulación de los mismos contenida en la Ley de 17 de julio de 1965 (SSTS de 15 de junio de 1999, y 7 de marzo, 4 de junio, 29 de noviembre y 23 de diciembre de 2001).

Tercería de dominio. Legitimación activa de la empresa de *leasing*.—La tercería de dominio como expediente jurídico procesal que permite concretar si el embargo, causa de una contienda, es o no correcto (FD 1.º, STS de 11 de octubre de 2001) si bien no se identifica con la acción reivindicatoria, sí exige probar por parte del tercerista el dominio para que se pueda alzar la traba (FD 3.º, STS de 12 de marzo de 2001); con cita de las SSTS de 24 de julio de 1992 y 1 de abril de 1993). Sin embargo, en tanto no haya sido ejercitada la opción de compra que acompaña a todo contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, el bien objeto del contrato es de plena propiedad de la empresa arrendadora (STS de 28 de marzo y 22 de junio de 2001). **(STS de 21 de marzo de 2002; no ha lugar.)**

HECHOS.—El día 21 de noviembre de 1988 la entidad *Hnos. Villalba, S. A.* y la entidad *Bansander de Leasing, S. A.*, celebraron un contrato en virtud del cual la citada empresa de *leasing* cedía durante un plazo de treinta y seis meses el uso de un tractor-camión, fijándose las correspondientes rentas mensuales, así como una opción de compra a favor de la sociedad arrendataria al finalizar el plazo pactado. El valor residual establecido a efectos del ejercicio de la opción de compra era exactamente igual al importe de las cuotas mensuales fijadas. Sin que la entidad *Hnos. Villalba* hubiera ejercitado dicha opción, el citado vehículo fue embargado, ante lo cual la entidad *Bansander de Leasing, S. A.*, interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia la correspondiente tercería de dominio, solicitando que se declarara que el vehículo embargado era de propiedad del demandante, y que por dicho motivo se procediera a la cancelación del citado embargo. Desestimada la demanda, resultaron absueltos la entidad *Estaciones de Servicios Juan Lechuga, S. A.* (creo que debe ser la ejecutante) y la sociedad *Hnos. Villalba* (arrendataria), en situación de rebeldía. Recurrida la sentencia en apelación, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad *Bansander*

de Leasing, S. A., declarando la propiedad de la demandante sobre el citado vehículo y decretando la cancelación del embargo. Dicha sentencia fue recurrida en casación por infracción de los artículos 1254 y ss, 1261, 1274, 1276, 1281-1289, 609, 1445 y 1450, todos ellos del *Código Civil*.

NOTA.—En el presente caso el TS, con cita de la jurisprudencia existente al respecto, afirma que sólo podrá ser objeto de revisión en casación «la calificación e interpretación de los contratos cuando éstas se presentan ilógicas, carentes de la racionalidad necesaria y abiertamente contrarias a la hermenéutica contractual o a la legalidad aplicable» (FD 1.º). Siendo correcta la calificación del contrato realizada por el Tribunal de Instancia, y rechazada la tesis en virtud de la cual mediante el contrato aportado por la entidad tercerista, el contrato celebrado entre ésta y la sociedad arrendataria, esta última había adquirido el dominio del tractor-camión, se reconoce la propiedad del citado tractor en la empresa de *leasing*, ya que tampoco el arrendatario había hecho uso de la opción de compra que el contrato anteriormente mencionado le otorgó. (R. D. O.)

38. Contrato de *leasing* o arrendamiento financiero. Definición.—Conforme a la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las Entidades de Crédito, DA 7.ª, apartado 1, tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas (FD 1.º). Es imprescindible que los bienes objeto de dicha cesión queden afectados por el usuario a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. Su naturaleza jurídica, como reiteradamente ha señalado el TS, es la de un contrato de arrendamiento con opción de compra, la cual se añade al arrendamiento por un precio residual. A la cesión de uso del bien durante un plazo de tiempo determinado se une una opción de compra a favor del arrendatario al finalizar el plazo pactado. En tanto que el arrendatario aún no ha ejercitado la opción por no haber transcurrido el plazo estipulado, y aunque proceda al pago de las correspondientes cuotas, al ser su naturaleza jurídica distinta a la del contrato de compraventa, «...el objeto arrendado es de plena propiedad de la parte arrendadora, por lo menos hasta que se ejercite el derecho de opción...»(FD 1.º).

Deficiente formulación del recurso de casación.—En la formulación del recurso de casación no pueden invocarse todos los artículos referidos a la interpretación de los contratos, sino aquella o aquellas normas que se consideren que han sido objeto de la errónea interpretación. Aun cuando con base en el principio «pro actione» el TS entre en el análisis y estudio del correspondiente recurso de casación, éste no puede en ningún caso considerarse como «un instrumento para denunciar una sentencia y que esta Sala averigüe la norma del Código Civil que es aplicable para apoyar jurídicamente la denuncia» (FD 1.º) (STS de 4 de abril de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Con fecha de 4 de junio de 1991 la firma *Pegaso Leasing, S.A.*, suscribió un contrato de arrendamiento financiero en virtud del cual la citada firma en calidad de arrendataria cedía a la

empresa *Transporte O.G., S. A.*, el uso de un vehículo marca Pegaso por un periodo de sesenta meses, fijándose el pago de sesenta cuotas así como el valor residual a pagar por el arrendatario en el supuesto de ejercer la opción de compra que sobre el vehículo se contenía en el citado contrato. Produciéndose el embargo del citado vehículo por Caja de Castilla-La Mancha, la entidad *Pegaso Leasing, S. A.*, demandó a las entidades embargantes y arrendatarias sobre tercería de dominio. Estimada la demanda de tercería, la AP estimó el recurso de apelación interpuesto frente a la misma por la entidad *Caja de Castilla-La Mancha*. La representación de la entidad *Pegaso Leasing, S. A.*, interpuso recurso de casación ante la citada resolución alegando como único motivo la infracción de los artículos 1.281 a 1.289 CC, así como de la normativa reguladora de las operaciones de arrendamiento financiero o *leasing*.

NOTA.—En la sentencia que anotamos el TS, reiterando su jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, rechaza los argumentos de la parte recurrente que pretendía su calificación como negocio aparente que ocultaba una compraventa de bienes muebles a plazo, calificación que hubiera dificultado el ejercicio de la tercería de dominio por parte de la sociedad arrendataria. Sin embargo, como la presente sentencia señala en el FD 1.º, la propiedad del bien en cuestión sigue siendo de la parte arrendadora en tanto que no se haya ejercitado la correspondiente opción de compra por la parte arrendataria. Finalmente, el TS, rechazando la tesis de la compraventa a plazos, critica la tónica cita que se hace de la STS de 28 de mayo de 1990, en la que se admitió la existencia de una compraventa a plazos en lugar de un contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, y la utilización de éste para ocultar una compraventa, como se dedujo dada la escasa regulación del ejercicio de la opción de compra, el hecho de haberse aceptado una letra de cambio para el pago del valor residual del bien además de las correspondientes cambiales de los pagos mensuales, y finalmente el carácter nominal o simbólico no cumple la función económica de un precio autónomo. Sin embargo, los hechos de una y otro, tal y como señala la Sala, difieren considerablemente por lo que no cabe la consideración de la misma en el presente caso. (R. D. O.)

39. Concepto de contrato de arrendamiento financiero o *leasing*.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece al respecto (SSTS de 26 de noviembre de 1999 y 3 de febrero, 7 de febrero, 16 de mayo y 21 de noviembre de 2000) que «se trata de un contrato atípico al que empresarios y profesionales acuden para el equipamiento en el desarrollo de sus actividades buscando la financiación de la que no disponen para ese fin o los beneficios fiscales que le reconoce la Ley 26/1988, de 29 de julio, eligiendo los elementos que necesitan, concertando con la financiera correspondiente que proceda a su adquisición y les ceda su uso a cambio del pago de una cuota calculada en función de la amortización del precio y remuneración por el demérito que el uso acarreará a los bienes más la opción de compra que, mediante cláusula específica y legalmente obligatoria, se concede al arrendatario con un valor fijo que suele corresponder al resto del precio pendiente de amortizar y en

cuantía similar o mayor al de las cuotas, sin que esa cuantía que se le calcule y fije pueda constituir dato que, por sí sólo, desnaturalice el contrato». Los bienes objeto de la cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales

En lo referente a su naturaleza jurídica establece la STS de 3 de febrero de 2000, reiterando el pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal de 28 de noviembre de 1997, que «se trata de una institución de derecho comercial importada del área jurídica de los Estados Unidos de América, y plenamente incorporada a nuestro tráfico económico y comercial. Se trata de un contrato complejo y en principio atípico regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptualizado como un contrato con base en los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1255 CC».

Diferencia entre un contrato de *leasing* y un contrato de compraventa de bienes a plazos.—Una consolidada doctrina jurisprudencial ha sancionado (SSTS de 26 de noviembre, 2 de diciembre, 7 de febrero, 16 de mayo y 21 de noviembre de 2000) «la falta de identidad de las figuras aludidas, pues pese a su indudable semejanza persiguen finalidades y producen efectos distintos. No obstante, la aludida similitud ha propiciado que en ocasiones se utilice la cobertura del *leasing* para ocultar una verdadera venta, a fin de obtener ventajas financieras y fiscales». En los contratos de compraventa de bienes a plazos una parte compra la maquinaria como mero intermediario que paga por cuenta de la otra parte contratante surgiendo entre ambos un simple préstamo mercantil de dinero con pacto de intereses regulado en los artículos 311 a 319 del CCom y 1740 y 1753 a 1757 del CC.

La calificación como de uno u otro tipo está en función de la causa, elemento esencial del negocio jurídico, en este caso, del contrato. Si la causa es el fin inmediato que lleva a la celebración del contrato, en este caso que nos ocupa, habrá sido, de conformidad con lo que dispone el artículo 1274 del CC, el suministro a la usuaria, en arrendamiento con opción de compra, de la maquinaria que ella eligió para su industria y la obligación de hacer frente, con facilidades, al pago de su precio y renta a quien atendiendo el requerimiento de la compradora, hizo efectivo el precio surgiendo así unas obligaciones pactadas entre financiera y arrendataria. La falta de regulación expresa en nuestro Código civil de un contrato de estas características hace que el mismo se normativice por la voluntad de las partes en virtud de la libertad consagrada en el artículo 1255 CC, siempre que estos pactos no sean contrarios a la ley, moral y orden público. Si la voluntad de las partes es la de vincularse por esta modalidad atípica contractual ha de calificarse como tal y no como de compraventa de bienes a plazos. En ningún caso, «no es suficiente, por sí sólo, para poder desvirtuar la calificación de un contrato como de arrendamiento financiero o *leasing* el importe más o menos elevado de la cuota residual pactada para ejercitar el arrendatario la opción de compra» (SSTS de 28 de noviembre de 1997, 1 de febrero y 15 de junio de 1999).

«Si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida esta normativa como ajena que es la intención y querer de las partes y no venir estructurando el arrendamiento financiero como si fuera una compraventa de aque-

lla modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra modalidad es distinta, y el contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación al comprador por tratarse de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno» (STS de 30 de julio de 1998).

La parte cumplidora no está facultada para pedir la resolución del contrato, si previamente ha optado por el cumplimiento.—Establece el artículo 1124 CC, para el supuesto de incumplimiento de obligaciones recíprocas, la facultad establecida a favor del perjudicado de escoger «entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento del daño y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». «Lo que hace incompatible el ejercicio simultáneo en dos juicios distintos la acción del cumplimiento del contrato y la acción resolutoria, incompatibilidad que se da en los dos juicios seguidos por el banco contra los arrendatarios, en cuanto que entendemos que el banco recurrente, al promover el juicio ejecutivo en base a la póliza del contrato de *leasing*, optó por el cumplimiento del contrato al exigir no sólo el pago de todas las cuotas, sino también el valor residual». (STS de 4 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad mercantil *Banco de Comercio, S. A.* interpone demanda contra *Aglomerados Almagro S. A.* y contra *G. S. L.* solicitando la resolución del contrato de arrendamiento financiero así como la toma de posesión del bien objeto del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia, así como por el TS en recurso de casación, ya que no se puede pedir la resolución del contrato si previamente ha solicitado el cumplimiento del mismo. (*M. F. N. C.*)

40. Concepto de contrato de arrendamiento financiero o leasing. Partes intervinientes.—«La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, establece en su DA 7.^a, apartado primero, que tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes mueble o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número dos de esta disposición. Los bienes objetos de esta cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicio o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá obligatoriamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario» (STS de 30 de julio de 1998).

En este tipo de contrato concurren tres partes, la «empresa de *leasing*» que financia la operación conjunta y celebra con el proveedor el contrato de compraventa y con el usuario el de arrendamiento con opción de compra, el «proveedor» que ha celebrado el anterior contrato de compraventa y entrega la cosa al usuario y, finalmente, el «usuario» que celebra el contrato con la

empresa de *leasing* y recibe la cosa del proveedor, normalmente elegida por él mismo.

Diferencias entre un contrato de arrendamiento financiero o *leasing* y un contrato de compraventa de bienes a plazos. Consecuencias en juicio ejecutivo.—Carente el contrato de arrendamiento financiero de una regulación jurídico-privada, la jurisprudencia del TS –SSTS de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983– ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazo de bienes con reserva de dominio «ya que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la estipulación de un acuerdo simulatorio en el que el *leasing* opere como negocio aparente para cubrir como realmente querida una compraventa a plazos, habrá de ser excluido este tipo contractual por ser ajeno a la intención y querer de las partes» (STS de 30 de julio de 1998).

La opción de compra a favor del usuario al finalizar el arrendamiento financiero constituye un elemento esencial del mismo. En lo que atañe al valor residual del objeto que es el precio de la opción de compra a la finalización del plazo de duración del *leasing*, «la nimiedad del valor residual, no es indicativa por sí sola para entender que no estamos en presencia de un arrendamiento financiero» (SSTS de 6 de marzo de 1996, 28 de noviembre de 1997, 30 de julio de 1998, 1 de febrero y 26 de noviembre de 1999). Junto a ello se debe traer a colación la DA 7.ª de la Ley 26/1988 en su apartado séptimo (reproducido en el apartado séptimo 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, «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» (STS de 21 de enero de 1996).

Tras el embargo y ejecución de los bienes financiados por medio de un contrato de *leasing* la empresa de arrendamiento financiero ejerce una tercera de mejor derecho solicitando la preferencia de su crédito respecto a otros sujetos interesados. Esta preferencia se confirma si el contrato que media entre empresa y usuario se enmarca en esta modalidad para cuya calificación habrá de estarse a la causa por la que ambos deciden vincularse y a los pactos que medien entre ellos en virtud del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en nuestro ordenamiento. Junto a ello, obligatoriamente para recibir tal calificativo, ha de establecerse en una cláusula el valor residual, precio de la opción de compra, a la finalización de la vigencia del contrato de arrendamiento. La baja cuantía del mismo no provoca la conversión de un contrato de estas características en otra modalidad contractual como la de compraventa de bienes a plazos dada la obligación de amortizar el bien que compete a las arrendadoras. Por lo tanto, ante el incumplimiento del usuario y ejecutado el bien las cantidades que puedan obtenerse por la enajenación de los bienes embargados deben destinarse a satisfacer, según su alcance, el valor de las

cantidades adeudadas a la financiera que tiene preferencia sobre cualquier otro interesado. Si, por el contrario, el contrato celebrado no puede calificarse como de arrendamiento financiero, sino de compraventa de bienes a plazos, porque así fue la voluntad de las partes, si bien pudieron celebrar un acuerdo simulatorio para beneficiarse de los incentivos fiscales, la preferencia en el orden de los créditos puede no ser la misma y, por lo tanto, corresponder a otro interesado. (STS de 12 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La entidad financiera Lico Leasing, S.A. interpone demanda de tercera de mejor derecho contra *Áridos y Movimientos de Tierra Herval, S. L.* y demás interesados solicitando se declarase la preferencia de su crédito frente a los demandados así como que las cantidades que se pudieran obtener por la enajenación de los bienes embargados deban ser destinadas a satisfacer, en todo o en parte, según se declare su valor, las cantidades adeudadas por *Lico Leasing S. A.* con preferencia a la del resto de demandados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda que fue revocada en apelación por la Audiencia. El TS revoca la sentencia de apelación y confirma la de instancia. (M. F. N. C.)

41. Oponibilidad del subarriendo, al ser conocida por el tercero arrendador antes de pactar la resolución del arrendamiento.—No hay ajenaidad por parte del propietario, a lo que debe añadirse, porque es importante, la relevancia de las cláusulas de duración del subarriendo que limitaban la voluntad de renuncia al arriendo. Con base fundamentalmente en todo ello concluye la S de 14 de octubre de 1997: «el propietario arrendador no respondería si fuera desconocedor de la situación perjudicial que se origina a los subarrendatarios, pero cuando, como ocurre en el presente caso, tal situación es conocida, incluso se establecen cláusulas “apaciguadoras” como la ya reseñada, también responde solidariamente de los daños, sea por extensión de los efectos del artículo 1101, sea como mantiene un sector doctrinal *ex artículo 1902 del CC*».

Casos iguales deben tener soluciones iguales.—La doctrina y el contenido jurídico de la Sentencia expresada (de conocimiento y apreciación de oficio) es aplicable *mutatis mutandi* al presente recurso, pues las cuestiones sustanciales planteadas en el mismo aparecen resueltas en dicha resolución, la cual tiene un valor de precedente a seguir en aras del principio de igualdad, con arreglo al que casos iguales deben tener soluciones iguales, cuando no haya razones —que aquí no las hay— que justifiquen, motivadamente, un cambio de criterio.

El artículo 1227 CC se refiere a la fecha del documento y no a la eficacia de su contenido.—El artículo 1227 CC atiende a la fecha del documento y no a la eficacia de su contenido. Se refiere al caso de que por el documento o documentos se pretenda justificar determinado hecho tratando de evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien no hubiere intervenido en el mismo (SS, entre otras, de 25 de enero de 1989 y 12 de diciembre de 1994). Además los supuestos del artículo 1227 CC no constituyen *numerus clausus* a efectos de determinar la fecha de otorgamiento de un documento pues la autenticidad de la misma puede acreditarse por los diversos medios de prueba.

Los intereses procesales son apreciables de oficio.—Los intereses a que se refería la sentencia del Juzgado no eran los moratorios, sino los ejecutivos o procesales, los cuales a diferencia de aquéllos no están sujetos al principio de justicia rogada sino que son apreciables de oficio. (STS de 22 de febrero de 2002, no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes eran subarrendatarios de locales de negocio, que dirigieron sus acciones contra el arrendador y el arrendatario de dichos locales, que habían resuelto bilateralmente el arriendo mediante el pago de una cantidad de dinero al arrendatario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las peticiones de declaración de nulidad del pacto extintivo del arrendador y arrendatario y de novación subjetiva del contrato de arrendamiento, pero estimó la petición subsidiaria, consistente en condenar al arrendador y al arrendatario a indemnizar a los demandantes en caso de que alcancen firmeza las resoluciones del contrato de subarriendo que hayan promovido o puedan promover contra los actores. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado parcialmente, en el sentido de condenar a los demandados a indemnizar solidariamente a los demandantes en 8.000.000 pesetas. Recurrida la sentencia ante el TS, se desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

42. Arrendamiento urbano. Ruina del inmueble. Responsabilidad del arrendador por no realizar a tiempo las reparaciones necesarias: incumplimiento contractual.—Cuando el arrendador no efectúa en la finca arrendada las reparaciones necesarias que por Ley está obligado a realizar y como consecuencia de su inactividad se produce la ruina del inmueble, a juicio del TS estamos en presencia de un incumplimiento contractual. El citado incumplimiento contractual legitima a los arrendatarios a reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Arrendamiento urbano. Extinción: declaración de ruina.—Una de las causas de extinción del contrato de arrendamiento es la declaración firme de ruina del inmueble arrendado acordada por la autoridad competente (art. 28 LAU de 1994 y art. 114.10.ª LAU de 1964).

Arrendamiento urbano. Extinción por declaración de ruina: el arrendador no está obligado a reconstruir el inmueble arrendado.—La extinción del contrato de arrendamiento como consecuencia de la declaración de ruina del inmueble arrendado exime al arrendador de la obligación de realizar las obras necesarias para la reconstrucción o reedificación del mismo. (STS de 11 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—La arrendataria de una vivienda (doña F. L. G.) había reclamado en numerosas ocasiones al arrendador (*Promociones Anvi, S. A.*) la necesidad de efectuar determinadas obras de conservación en el inmueble arrendado.

El arrendador hizo caso omiso a los requerimientos de la arrendataria y no realizó ninguna obra de conservación en la finca arrendada. Ello ocasionó, con el paso del tiempo, que la arrendataria tuviese que abandonar la vivienda arrendada ante la declaración de ruina inminente del edificio emitida por el Ayuntamiento.

Como consecuencia de todo lo anterior, la arrendataria interpuso una demanda contra el arrendador, solicitando se condenase a la parte demandada a pagar una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y estima en parte la demanda. (*M. J. P. G.*)

43. Arrendamiento de local de negocio. No cabe en casación sustituir la valoración de la prueba del Tribunal de Instancia por la del propio recurrente, con base además en preceptos que no contienen reglas legales de valoración de la prueba. El pago de las rentas pendientes hasta la finalización del contrato procede cuando el arrendatario desaloja voluntaria y anticipadamente el inmueble, no cuando el desalojo se debe a incumplimiento del arrendador.—Como quiera que ni el artículo 1555 CC ni el artículo 56 TRLAU de 1964 contienen regla alguna de tal clase, la personal valoración de la prueba que ahora ofrece el recurrente ha de rechazarse sin más y el motivo, en cuanto responde a tal valoración, debe ser desestimado por incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues el hecho probado de que ni desde un principio ni después de las obras el local podía servir al fin pactado, rotundamente establecido en la sentencia impugnada con base en la prueba pericial, ha de permanecer incólume en casación.

Además, aun teniendo por no hecha esa valoración de la prueba propia y personal del recurrente también el motivo habría de ser desestimado, ya que como se desprende de las SS de esta Sala de 15 de marzo de 1997 (recurso 869/93), 7 de febrero de 2001 (recurso 612/1996) y 23 de mayo de 2001 (recurso 916/1996), el desalojo a que se refiere el artículo 56 TRLAU de 1964 es el voluntario por parte del arrendatario, a modo de desistimiento unilateral del contrato, no el forzoso por razón de un desahucio ni, desde luego, tampoco el debido a un incumplimiento esencial del contrato por el arrendador.

Así las cosas, difícilmente cabe sostener que en el caso examinado la entidad arrendataria careciera de causa justificada para resolver («rescindir» según el art. 1556 CC) el contrato, ya que además de no ser cierto que nada se pactara acerca del destino del local, pues en su propia demanda el hoy recurrente alegó tener conocimiento de que la arrendataria pretendía dedicarlo a «centro de reunión del personal, así como garaje de vehículos y almacén de equipos», lo cierto y verdad es que en su estipulación segunda, transcrita ya en el FJ 2.º de esta sentencia de casación, se decía que la estructura del local se encontraba en perfecto estado, algo que la realidad desmintió rotundamente cuando al acometerse por la arrendataria las obras de adaptación se detectaron importantes deficiencias estructurales que finalmente resultaron deberse a la aluminosis.

Había por tanto una inadecuación del local al fin pactado desde la propia firma del contrato, pero la arrendataria no pudo advertirla hasta que acometió las obras previas al inicio de su actividad. De ahí que el arrendador no cumpliera desde un principio su obligación esencial en cuanto tal, la de dar al arrendatario el goce de la cosa (art. 1543 CC), como tampoco la de entregarle la cosa objeto del contrato (art. 1554.1.º CC), es decir, un local con su estruc-

tura «en perfecto estado», dándose así una situación muy similar a la de inhabilidad del objeto vendido que la jurisprudencia de esta Sala equipara a su falta de entrega a efectos de resolución de la compraventa por incumplimiento del vendedor.

La «rescisión» a que alude el artículo 1556 CC es, en realidad, una resolución por incumplimiento, por lo que no resulta aplicable el requisito de la subsidiariedad del artículo 1294 CC.—Bastará con recordar que la acción ejercitada por la entidad arrendataria nada tenía que ver con los supuestos contemplados en dicho artículo 1291 CC; que en consecuencia no le era aplicable el requisito de la subsidiariedad establecido en el artículo 1294 CC que básicamente se cita como infringido; que es prácticamente unánime la opinión de la doctrina científica considerando en realidad la «rescisión» del artículo 1556 CC como una resolución por incumplimiento, como igualmente hace la jurisprudencia de esta Sala (p. ej., SSTs de 13 de noviembre de 1985 y 10 de junio de 1987) que pone dicho precepto en estrecha relación con el artículo 1124 del mismo cuerpo legal; y, en fin, que lo acordado por el fallo recurrido no es la rescisión del contrato sino, muy claramente y depurando terminológicamente lo pedido en la demanda reconvenicional, su resolución, de suerte que todo el motivo cae así por su base.

Dado el carácter innegablemente contractual de la situación litigiosa, no cabe indemnizar al arrendador, con base en el artículo 1902 CC, por las obras acometidas con posterioridad a declararse la resolución del contrato, petición que, además, es una cuestión nueva inadmisibile en casación.—También este motivo ha de ser desestimado porque, al margen de ser cuestión totalmente nueva, y por tanto inadmisibile en casación, la obligación de la arrendataria de indemnizar al arrendador con base en el artículo 1902 CC, precepto por demás difícilmente aplicable a las incidencias de una relación tan netamente contractual como la litigiosa, y aparte de no alcanzarse a comprender la relación del artículo 1282 CC con lo planteado en el motivo, salvo que por vía indirecta se pretenda una nueva valoración conjunta de la prueba documental presentada por la nutrida correspondencia cruzada entre las partes, vía constantemente rechazada por la jurisprudencia de esta Sala (SSTs de 13 de noviembre de 2000 y 8 de octubre de 2001 entre las más recientes), nunca podría salvarse el dato incontestable de que las obras comenzaron después de que la arrendataria hubiera ya manifestado su voluntad de dar por resuelto («rescindir») el contrato y el arrendador hoy recurrente no se opusiera claramente a esa voluntad, de suerte que, más que una situación de incertidumbre en torno a la vigencia del contrato, lo que siguió a esa manifestación bien puede calificarse de mera expectativa de celebrar un nuevo contrato si las deficiencias estructurales del local quedaban finalmente subsanadas. (STs de 11 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Entre dos sociedades anónimas se celebra un contrato de arrendamiento de local de negocio. Pasados casi dos años desde su celebración, sin que la arrendataria hubiera comenzado a darle uso, pese a estar pagando puntualmente la renta pactada, inicia las obras de adecuación del local a su actividad, momento en que se detectan graves deficiencias estructurales en el mismo, que impiden su uso para el fin pretendido. Estando en negociaciones con la arrendadora para que se hiciera cargo de las obras necesarias y en vista de las dilaciones que se producían en su ejecución y de la

tremenda envergadura de las mismas, que hacía dudar de su utilidad, la arrendataria comunica a la arrendadora la resolución del contrato. Ésta demanda a la arrendataria solicitando se le condene a abonarle el importe de las rentas pendientes hasta la finalización inicial prevista del contrato o, subsidiariamente, al pago de las obras efectuadas por su parte, a lo que reconviene la demandada solicitando que se declare válida y eficaz la «rescisión» del contrato comunicada en su momento por carta a la arrendadora y que se condene a ésta a la devolución del importe de la fianza entregada en su momento. El Juzgado de Primera Instancia acoge parcialmente el pedimento principal y el subsidiario de la demanda y desestima la reconvencción, sentencia que revoca la Audiencia Provincial, que desestima íntegramente la demanda y acoge plenamente la reconvencción. Interpuesto el recurso de casación por la demandante-reconvenida, el TS declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

44. Prescripción de la acción de reclamación de rentas.—El artículo 1966.2.^a CC establece un plazo de cinco años para ejercitar la acción de reclamación de rentas. No obstante, en el supuesto de hecho del precepto se considera incluido tanto la reclamación de rentas del arrendador contra el arrendado, como cualquier otra reclamación económica derivada del pago de rentas, como puede ser la discusión sobre la reducción de la renta.

Revisión de la renta en los arrendamientos rústicos.—Para la aplicación del artículo 42 LAR, es necesario que se refiera sobre la revisión ordinaria de las rentas. La revisión extraordinaria queda fuera del supuesto de hecho del precepto señalado. El artículo 43.2 LAR regula la revisión extraordinaria de la renta. La admisión de que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de revisión extraordinaria de la renta, no viola el principio de igualdad ni de equivalencia de las prestaciones, ni se le coloca en mejor posición que el arrendador, debido a la significación socioeconómica de estos arrendamientos rústicos, siempre y cuando se acredite un perjuicio para el arrendatario.

Doctrina de los actos propios.—Los actos propios deben consistir en que ante situaciones idénticas, el proceder de alguno de los afectados es contrario. La conducta contradictoria origina una total inseguridad o incertidumbre en el destinatario de este comportamiento. El hecho de la satisfacción de una determinada renta actualizada a cada período no puede considerarse como renuncia alguna de derechos reconocidos legalmente.

Reconocimiento judicial de la doctrina de los actos propios.—Según la STS de 21 de febrero de 2000, el origen legal de la figura de los actos propios debe hallarse en el artículo 7.1 CC, cuyo fundamento es la confianza suscitada en la otra parte (STC de 21 de abril de 1988 y STS de 24 de junio de 1996). Por ello, si se origina una confianza tal en que no se ejercerá un derecho legalmente reconocido, no es lícito ejercitarlo cuando esta conducta entra en contradicción con la anteriormente observada (SSTS de 22 de mayo de 1984, 10 de junio de 1994, 7 de febrero de 1995, 6 de mayo de 1997 y 10 de julio de 1997). Se desarrolla esta doctrina de los actos propios en cuanto que se contradiga una conducta de explícito reconocimiento de un contrato (SSTS de 25 de enero y 18 de octubre de 1982, 4 de marzo, 23 de marzo de 1985 y 30 de mayo de 1986.)

Principio de irretroactividad en relación con la revisión de la renta en arrendamientos rústicos.—La retroacción de efectos del artículo 43.1 LAR.

que regula la revisión de las rentas a instancia del arrendatario, no ha de someterse a la disciplina de la retroacción de una ley, sino que se cifre a «la retroacción de unos efectos derivados del ejercicio de un derecho, que se reconoce *ope legis*».

Extinción del contrato de arrendamiento rústico.—La relación entre los artículos 1156 CC y 83.1 LAR, en los que se establece que las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento en el primero, y que el arrendamiento se extingue por haber expirado el período contractual, concluye en que, aun finalizado el contrato, es posible el ejercicio de cuantas acciones sean pertinentes a resultas del tracto negocial precedente. (STS de 19 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda por la parte actora, en la que se solicitaba que se condenara a los demandados a abonar solidariamente una indemnización por los daños y desperfectos causados en la finca *Estrella Alta*, así como los recibos de la *Compañía Sevillana de Electricidad*, y la devolución de un motor grande de riego que estaba instalado en el río. Los demandados oponiéndose a parte de los hechos (aceptando el pago de los recibos y la devolución del citado motor) reconvinieron en ejercicio de revisión extraordinaria de la renta por el cambio de las circunstancias que influyeron en una lesión superior al 15 % de la renta justa, y una vez determinada, se practicase la liquidación entre arrendadores y arrendatarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago de una cantidad determinada, así como desestimó la demanda reconvinencial. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, accediendo a la revisión extraordinaria de renta solicitada. El TS declara no haber lugar. (P. S. S.)

45. Contrato de ejecución de obras y permuta. No es procesalmente admisible una condena de futuro condicional, por lo que no es incongruente una sentencia absolutamente desestimatoria de la demanda, en la que, no obstante, se reconoce un deber de actuación de los demandados, solicitado en la demanda, pero condicionado al cumplimiento previo del fallo por los demandantes reconvenidos.—En la sentencia del Juzgado, cuyo contenido es asumido en su integridad explícitamente por la de la Audiencia, se establece que una vez realizadas por los Srs. J. S. las reparaciones a que se les condena, don P. B. V. y don J. B. V. deberán abonar a los actores la cantidad de 1.097.061 pesetas en concepto de precio (resultante de imputar al precio pendiente de pago el *quantum* dimanante de las cláusulas penales) y otorgar la escritura pública de declaración de obra nueva definitiva. Por consiguiente, como la exigencia de las referidas prestaciones depende del cumplimiento previo de las reparaciones, es absolutamente coherente que no se haya establecido un pronunciamiento condenatorio, so pena de incidir en una condena de futuro condicional que no es procesalmente admisible. Por ello, no se da incongruencia y decae el motivo.

El rechazo íntegro de la demanda provoca la imposición de las costas al demandante.—En el motivo segundo se acusa infracción del artículo 523 LEC de 1881 en materia de costas, pues como consecuencia de haberse reco-

nocido algunas de las pretensiones de los actores –parte de la reclamación de cantidad y otorgamiento de la escritura pública de declaración de obra definitiva–, al condenarse a los actores al pago de las costas de la demanda se aplica indebidamente el precepto mencionado.

La desestimación del motivo (a cuya admisión ya se opuso en su momento procesal el Ministerio Fiscal) es una consecuencia inmediata del rechazo del anterior, porque si no hay estimación de pretensión, ni siquiera parcial, no se altera la aplicación de vencimiento objetivo que consagra el precepto denunciado como infringido.

No es incongruente la sentencia que no condena a una pretensión subordinada a la principal por no estimar ésta.–La solicitud de condena a la indemnización de daños y perjuicios integra un concepto condicionado (acumulación de acciones sucesiva o subordinada) a la estimación de la pretensión principal de la que es dependiente, por lo que, al no acogerse ésta por las razones expuestas, no cabe condenar a la indemnización interesada, y no concurre el vicio de incongruencia omisiva.

La cláusula penal es una obligación accesoria que sanciona el incumplimiento de otra principal y que depende de tal incumplimiento.–La cláusula penal constituye una obligación, generalmente pecuniaria, de carácter accesorio, que sanciona un incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación contractual (art. 1152 CC, y SS entre otras, de 23 de mayo de 1987, 30 de abril de 1991 y 12 de enero de 1999), por lo que si falta el antecedente –incumplimiento– no se puede exigir el consiguiente –penalización–.

El recurso de casación se interpone contra el fallo; la discordancia entre éste y los fundamentos que lo determinan puede subsanarse por medio del recurso de aclaración o de la denuncia de incongruencia interna.–La sentencia de la Audiencia (que es la recurrida) no corrige la del Juzgado porque desestima el recurso de apelación y confirma la resolución apelada. El recurso de casación no se da contra los argumentos sino contra el fallo, y si bien cabe la posibilidad de que se produzca una disonancia entre los fundamentos determinantes del fallo y el contenido de éste, la subsanación de la incoherencia debe intentarse mediante el denominado recurso de aclaración (STC 140/2001, de 18 de junio), o la denuncia de la incongruencia interna (art. 359 LEC 1881), lo que en el caso no se ha hecho. (STS de 7 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–Los miembros de una comunidad de bienes celebran con los propietarios de un solar un contrato de ejecución de obras y permuta para la construcción de una nave industrial. Terminadas las obras, los contratistas-permutantes demandan a los propietarios del suelo solicitando se les condene al pago de ciertas cantidades en concepto de parte del precio y cláusula penal, a la suscripción de escritura pública de declaración de obra nueva definitiva o acta de conclusión de obras y a la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de esta última prestación. Los demandados reconviene solicitando que los demandantes reparen las deficiencias y defectos percibidos en la edificación, así como el pago del exceso de volumen de edificación que, con respecto a lo pactado, ha quedado en poder de los demandantes reconvenidos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como, en apelación, la Audiencia Provincial, desestimaron íntegramente la demanda y esti-

maron en parte la reconvencción. Recurrida en casación la sentencia de apelación por los demandantes reconvenidos, el TS declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)

46. Contrato de obra: responsabilidad de los arquitectos por defectos de la obra: humedades y filtraciones: derecho transitorio anterior a Ley de edificación.—No es posible bajo los parámetros de cualquier deontología profesional, que cuando el titular profesional que acomete su *facere* encuentra en la ejecución de lo así proyectado —y en el caso del arquitecto con mayor sentido, por su cometido de dirección—, que se está ello efectuando mal o en contra de lo previsto técnicamente, no pueda ni deba reaccionar en modo, bien imponiendo su autoridad al autor del desvío, bien apartándose de proseguir su tarea, salvo una expresa exoneración de responsabilidad por ese autor relevante y que le vincule; entender otra cosa es desmerecer el prestigio y *auctoritas* de este profesional, por lo que, al no haberse apreciado así, conlleva el acogimiento del motivo, incluso, a mayor abundamiento, con el respaldo de los artículos 10.2.c), 12.3.d), 13.2.c) y 17 de la vigente Ley de edificación, no aplicable al caso por la fecha de su entrada en vigor.

Solidaridad con la empresa constructora: no procede.—Acreditada la individualizada responsabilidad de los arquitectos, por omisión de sus deberes de dirección de la obra, no cabe aplicar el instituto de la solidaridad atrayente de la responsabilidad de la empresa constructora. (STS de 1 de febrero de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Se invocan en el mismo sentido las SSTS de 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989, 10 de noviembre de 1994 y 25 julio de 2000, así como las disposiciones del RD del 17 de junio de 1977. (G. G. C.)

47. Contrato de obra. Desistimiento del comitente.—Conforme a lo establecido en el artículo 1594 CC, el comitente puede desistir unilateralmente del contrato sin alegar justa causa.

Contrato de obra. Desistimiento del comitente: derecho del contratista a una indemnización.—Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1970 y 8 de julio de 1983) afirma que el derecho del contratista a percibir la indemnización del artículo 1594 CC no depende de los móviles o razones que hayan llevado al comitente (propietario del terreno) a desistir unilateralmente del contrato de obra concertado.

Contrato de obra. Incompatibilidad entre las acciones de desistimiento y de resolución por incumplimiento.—Cuando uno de los contratantes ha optado por el desistimiento del contrato, posteriormente no puede pedir la resolución del citado contrato por incumplimiento de la otra parte contratante.

Desistimiento unilateral (art. 1594 CC) y resolución por incumplimiento (art. 1124 CC): distinción.—La jurisprudencia de la Sala 1.ª del TS (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1970 y 8 de julio de 1983) señala que los artículos 1124 y 1594 CC regulan figuras jurídicas distintas con diferente régimen jurídico. Asimismo, el TS mantiene que los citados preceptos son autónomos e independientes entre sí. (STS de 4 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—En septiembre de 1993 la *Estación de Servicio San Patricio-Albuñol, S. L.* (comitente) comunica a *Garcialsur, S. L.* (constructor) que en virtud del artículo 1594 CC desiste del contrato de obra suscrito entre ambos.

Posteriormente, el comitente (*Estación de Servicio San Patricio-Albuñol, S. L.*) interpone una demanda contra el contratista (*Garcialsur, S. L.*) y don J. G. A. en la que solicitaba, entre otras cosas, que se declarase resuelto el contrato de obra celebrado por las partes, se obligue al contratista a entregar todo lo construido y se le condene a abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados por el retraso en la entrega de la obra contratada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

48. Contrato de obra. Acción directa contenida en el artículo 1597 CC. La jurisprudencia considera que el artículo 1597 CC contiene una acción directa dentro del contrato de obra como medida de ejecución y medio de pago al acreedor. Esta acción, que alcanza a sucesivos subcontratistas, constituye una excepción al principio de relatividad del contrato, atenuando, de esta manera, la eficacia relativa del mismo (SSTS de 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 6 de junio y 27 de julio de 2000).

Presupuestos de la acción directa.—El presupuesto básico para ejercitar esta acción directa es que el dueño de la obra o comitente sea deudor del contratista. Así, del fundamento de la acción directa del artículo 1597 CC se desprende que en la cadena existente entre el contrato de obra y los subcontratos de la misma desaparecerá la acción directa cuando uno de los contratantes o subcontratantes no adeude nada al siguiente. Cuando concurren sucesivas subcontratas será necesario seguir su orden inverso hasta el propietario que resulte obligado subsidiariamente o, en su defecto, hasta quienes le precedan, pero siempre que todos sean deudores unos de otros. (**STS de 31 de enero de 2002**; no ha lugar.)

HECHOS.—La mercantil *Garrincha, S. L.* (segunda subcontratista) interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra la mercantil *Casting Ros S. A.* (primer comitente) por la parte del precio que dicha sociedad anónima adeuda al contratista (la mercantil *ABB Industrietechnik A. G.*) y que le debe su subcontratista (*INSASA, S.A.*), aunque esta última no es deudora de la contratista. «*Casting Ros, S. A.*» contesta a la demanda y formula reconvenición oponiéndose a los hechos y fundamentos de derecho, suplicando al Juzgado que desestime íntegramente la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a la demandada de las pretensiones de la demandante. Apelada la sentencia por la parte demandante, y por *ABB Industrietechnik A. G.* como coadyuvante, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto confirmando íntegramente la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso. (*S. E. M.*)

49. Contrato de arrendamiento de servicios: responsabilidad.—El TS considera que, dentro de la relación de representación para la celebración de un contrato determinado, la firma del representante en el contrato en el que se establezca la responsabilidad solidaria, impone dicha responsabilidad tanto a quien encarga la celebración del mismo, como al firmante.

Validez de las cláusulas contractuales.—Las cláusulas contractuales no pueden considerarse abusivas cuando haya una expresa aceptación íntegra de su contenido. Tampoco pueden ser calificadas dichas cláusulas de inevitables para obtener un determinado servicio, si no hay ninguna ineludible necesidad o imposición imperativa que exija que éstas consten expresamente, y por tanto su aceptación responde a un acto voluntario. Siguiendo la interpretación jurisprudencial de la Ley de defensa de la competencia (ver, en este sentido, la STS de 20 de noviembre de 1996), para resultar protegido el consumidor o usuario, no puede adoptar una actitud pasiva; es decir, no es suficiente con que no haya podido influir en el contenido de estas cláusulas, sino que es necesario que no haya podido eludir su aplicación. Precisa igualmente el TS, cómo en virtud del artículo 1.3 LGDCU, no tendrán tal condición de consumidor o usuario aquellos que no se constituyan en destinatarios finales, y que, por tanto, adquieran los servicios con el fin de integrarlos en procesos de prestaciones a terceros.

Resolución de los contratos: desistimiento unilateral.—El artículo 1124 CC y su interpretación jurisprudencial (SSTS de 15 de febrero de 1981, 5 de mayo de 1983, 26 de febrero y 30 de diciembre de 1994, y 4 de febrero de 1997) exigen la precisa y clara manifestación del desistimiento para ejercitar la facultad de resolver las obligaciones. Dicha manifestación debe ser acompañada de las correspondientes indemnizaciones: el derecho que el artículo 1594 CC otorga al contratista de quedar indemne no puede ejercitarse impunemente (SSTS de 19 de noviembre de 1981 y 30 de mayo de 1987). (STS de 28 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia interpuso demanda contra don A. C. D. y la mercantil *Agrocanals S. A.* sobre reclamación de honorarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El TS desestima también el recurso de casación.

NOTA.—Hay que destacar, en relación con la LGDCU, la STC 15/1989, de 26 de enero, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la citada ley. También habría que tener en cuenta a la hora de aplicar la Ley de defensa de la competencia la reciente Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. (*S. E. M.*)

50. No es usurario un interés nominal del 21,504 % y un interés de demora del 24 % en un contrato de arrendamiento financiero.—Por razón del interés establecido en contrato, la Ley de usura tiene por nulo, desde su artículo 1, el préstamo para el que «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las cir-

cunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino» –adjetivaciones que encierran referencia a lo que es descarado en lo desmesurado con grado sumo– llevando a suponer que fue aceptado en situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental porque en la normalidad del aceptante produciría inmediato rechazo, disponiendo el artículo 2 que en cada caso los tribunales, para resolver, formarán libremente su convicción ante las alegaciones de las partes –así lo ha establecido la jurisprudencia en SS de 25 de septiembre de 1962, 18 de junio de 1963, 28 de febrero de 1988, 4 de julio de 1989, 24 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 31 de marzo de 1997, disponiendo la de 24 de noviembre de 1984 que la facultad de libre convicción del TS ha de ser aceptando los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida– y siendo muy variable la cuantificación jurisprudencial de los intereses dentro de la normalidad, la Sala de instancia –teniendo en cuenta lo ya establecido por el Juzgado al señalar como interés nominal pactado el anual del 21,504 % y como interés de demora un 24 % anual– hace un minucioso estudio partiendo de que la operación comprensiva del préstamo es un arrendamiento financiero sobre un camión Mercedes Benz en fecha de 11 de abril de 1991 para tiempo de cinco años suponiendo aquéllos, respectivamente, un TAE del 23,755 % y del 26,82 %, cálculos que el recurrente no hace con respecto a la fecha del contrato, ni a la del tiempo por el que se pacta, ni a la clase de contrato ya que el litigioso es muy diferente al del simple préstamo. (STS de 1 de febrero de 2002, no ha lugar.)

HECHOS: El demandante solicitaba que se declarase la nulidad de un arrendamiento financiero por usura, condenando a la entidad financiera demandada a la restitución de los intereses abonados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, decisión que confirmaron la Audiencia Provincial y el TS, al considerar que el interés satisfecho no era usurario. (L. F. R. S.)

51. Contrato de transacción en el que se pacta el sometimiento de las partes a un arbitraje. No se infringen las normas reguladoras de la sentencia por el hecho de examinar las excepciones procesales con posterioridad a entrar a conocer del fondo del asunto.—Aun cuando es cierto que por razones de orden lógico-procesal deben examinarse con preferencia las defensas o excepciones cuyas hipotética estimación impediría entrar en el denominado fondo del asunto, o que constituyen presupuesto del análisis de éste, sin embargo ningún perjuicio se causa a la parte por el hecho de que tal motivación se haya realizado en la sentencia recurrida con posterioridad tema de fondo, lo que por lo demás, en el caso, al menos en lo que hace referencia a la legitimación *ad causam*, tiene una cierta explicación habida cuenta la complejidad del supuesto fáctico y la oportunidad de exponer conjuntamente los temas de hecho y sus implicaciones jurídicas, por lo que el previo conocimiento de todo el entramado jurídico resulta más esclarecedor, y facilita la comprensión de la respuesta judicial.

La legitimación *ad causam* constituye una cualidad de la persona que la conecta objetivamente con la relación material objeto del pleito y determina su aptitud para intervenir como parte en éste.—La legitimación *ad causam* consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el

mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar. La S de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido.

En el caso resulta evidente la legitimación *ad causam* activa de los demandantes por cuanto los intereses afirmados les habilitan para formular la pretensión ejercitada.

De seguirse la tesis de la parte recurrente nadie tendría legitimación (respecto de los pleitos que aquí interesan) para dar eficacia a la cláusula del contrato de transacción (penúltimo párrafo de la estipulación decimoquinta) con arreglo a la cual «en aquellos procedimientos en los que hubiese recaído sentencia en primera instancia y se encontrasen en trámite de apelación, y al producirse el disenso deviniera ésta en firme se consideran sin efecto o valor alguno», porque, o bien no se intervino en el contrato transaccional, aunque hubiese sido condenado en los procesos de referencia (caso de *INDICUSA*), o bien no se intervino en éstos, aunque sí en el contrato (caso del Sr. R. D.).

La entidad *INCUSA* es directamente interesada en el pleito porque desistió de los recursos de apelación interpuestos en los juicios 1111/89 y 1040/90 en virtud de lo convenido en la cláusula decimoquinta apartados *h)* e *i)*, y sin embargo el Sr. R. y C. A. aprovechó la firmeza, de las sentencias condenatorias de primera instancia, consecuencia de dicho desistimiento, para instar la ejecución contra ella. Aparte de que también se aprecia la existencia de una estipulación a favor de tercero (art. 1257, párrafo segundo, del CC; SSTs de 10 de diciembre de 1956, 7 de junio de 1976, 31 de enero de 1986, 6 de marzo de 1989, 26 de abril de 1993, 23 de octubre de 1995, 27 de noviembre de 1998, 25 de febrero de 2000, 12 de noviembre de 2001, entre otras) que le legitima para actuar.

Y por lo que respecta al Sr. R. D., su legitimación deviene de ser interesado en el cumplimiento del convenio transaccional, por lo que si bien no puede pedir la restitución para sí porque no fue parte ni condenado en los juicios 1111/89 y 1040/90, sin embargo resulta afectado por su subsistencia, de ahí que resulte correcto el razonamiento de la resolución recurrida que rechaza el planteamiento del escrito de contestación «porque lo que pide en la demanda es que se cumpla con el deber de desistir y que el demandado restituya lo que hubiere percibido en tales dos procesos, a *Industrias del Curtido, S. A.*, y no a él pues no pide nada para sí». Además, en ningún caso cabría negarle un interés como coadyuvante.

A todo lo anterior debe añadirse la existencia de un entramado de bienes e intereses recíprocos con una interrelación tal que excluye la posibilidad de compartimentar las titularidades individuales aislándolas respecto del resultado unitario derivado del convenio transaccional, cuya *ratio* de poner fin a las desavenencias, conflictos y litigios existentes entre numerosas personas y sociedades debe ser protegida en tanto aquel mantenga su vigencia, por así exigirlo el ordenamiento jurídico positivo y el mantenimiento de la paz social.

Deben esgrimirse al menos dos sentencias de la misma Sala 1.ª del TS, con doctrina reiterada, para que quepa entender correctamente invocada la infracción de la doctrina jurisprudencial. No cabe hablar de *mora*

creditoris cuando los actos del acreedor no impiden al deudor cumplir con su prestación.—En el motivo tercero se alega infracción de la regla deducida de normas positivas (arts. 1505, 1589, 1590 y 1783 del CC) que establece la imputabilidad al acreedor de su propia insatisfacción. Y en el motivo cuarto se alega infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el llamado término esencial.

Los motivos carecen manifiestamente de fundamento porque la formulación del tercero no recoge la conculcación de una fuente del ordenamiento jurídico (art. 1.1 del CC), como exige el núm. 4.º del artículo 1692 LEC de 1881, y en cuanto al cuarto se indica una sola sentencia (la de 24 de septiembre de 1954) con desconocimiento de la doctrina reiterada de esta Sala que exige la cita de dos sentencias como mínimo para que quepa entender correctamente invocada la infracción de la doctrina jurisprudencial.

Además (y aun dejando a un lado que no se denunció un hipotético incumplimiento de *INCUSA* antes del desistimiento de las apelaciones, ni se da una situación de mora *credendi*, ni se acusó mora alguna, ni cabe imputar a dicha entidad ningún acto u omisión que impidiera cumplir al Sr. R. y C. con el compromiso asumido), en cualquier caso, *INCUSA* cumplió en tiempo oportuno con la única conducta que cabía exigirle que era la de desistir de los recursos de apelación, sin que el hecho de haberlo efectuado unos días después (el 27 de enero de 1992, según el motivo) de los tres a que se refiere la cláusula decimoquinta del contrato transaccional tenga la más mínima relevancia, y ello tanto más si se tiene en cuenta que el efecto pretendido por la estipulación se habría obtenido mediante una renuncia a su pretensión por parte del Sr. R. y C. A. (con devolución de lo percibido en virtud de la ejecución provisional) por lo que en cualquier caso la conducta ahora mantenida no se ajusta a la buena fe y carece de consistencia.

La función hermenéutica del contrato corresponde al Tribunal de instancia, cuya apreciación debe respetarse, salvo que sea ilegal, arbitraria o contraria a las reglas de la lógica.—Según la doctrina de esta Sala, cuya profusión excusa de una cita cronológica, la función interpretativa contractual viene atribuida al Tribunal de instancia, cuyas apreciaciones deben ser respetadas en casación salvo que incurran en ilegalidad o arbitrariedad, o sean contrarias a las reglas de la lógica que son las de buen sentido. En el caso no consta ninguno de estos vicios, por lo que aunque cupiere alguna duda sobre la interpretación realizada, ésta debe ser mantenida. Pero es más, la solución de la instancia también debe prevalecer porque la propia parte recurrente en su amplio discurso no extrae una conclusión unívoca contundente, y en cambio resulta claramente significativa la específica referencia en los apartados *h*) e *i*) de la estipulación decimoquinta del convenio transaccional a los juicios de menor cuantía 1111/89 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de la misma capital, en relación con la intervención del Sr. R. y C. A. en el otorgamiento del convenio transaccional «en nombre propio y por su derecho», además de en representación de una sociedad (núm. 4 de la relación de intervinientes); y ello tanto más si se tiene en cuenta la dicción de la cláusula decimosexta que hace referencia únicamente a la «adhesión al arbitraje», sin que quepa entender como coincidentes los ámbitos del arbitraje y del convenio transaccional dada la mayor amplitud de éste, como resulta de los términos de la escritura pública de 23 de diciembre de 1991, y del Auto de 25 de septiembre de 1992 del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia en autos 889/92 de ejecución del laudo.

Las reglas aplicables a la renuncia de derechos no son extensibles al contrato de transacción, donde ambas partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanje sus diferencias.—La misma suerte desestimatoria debe correr el motivo noveno en el que se denuncia infracción del artículo 6.2 del CC y jurisprudencia que lo interpreta, sobre renuncia de derechos, porque la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para que la renuncia de derechos subjetivos sea eficaz jurídicamente se refiere sólo a las abdicativas, y no es aplicable al contrato de transacción, porque éste es un contrato en que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias (S 11 de octubre de 2000). Por otra parte los términos de la transacción son claros y terminantes en el sentido de privar de eficacia alguna a los pleitos 1111/89 y 1040/90. Dice la cláusula decimoquinta: «En este acto ambos Grupos [en el A está incluido don Pedro R. y C. A.] se obligan a desistir en el plazo máximo de tres días, de los siguientes procedimientos: h)..., i)... [en los que se citan las mismas]. En aquellos procedimientos en los que hubiese recaído sentencia en primera instancia y se encontrase en trámite de apelación, y al producirse el disentiimiento deviniera ésta en firme, se considerarán sin efecto o valor alguno.»

Por consiguiente no hay equivocidad, ni vaguedad, ni imprecisión que permitan entender la alegación del recurso de que se da una ausencia de consentimiento claro y terminante.

No cabe casar la sentencia por infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto cuando no se citan al menos dos sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de doctrina coincidente, y la infracción se alega mediante una fórmula genérica. Por otra parte, la existencia de un convenio transaccional excluye la falta de causa del desplazamiento patrimonial.—El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria de los anteriores porque no se citan al menos dos sentencias de esta Sala cuya doctrina sea coincidente, sin que quepa denunciar la infracción mediante una fórmula genérica como la del enunciado, tanto más que se ha de razonar cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida infringe la Jurisprudencia citada, por lo que al alegarse de modo genérico el principio que veda el desplazamiento patrimonial sin causa no es posible efectuar el necesario juicio de comparación entre los supuestos de las sentencias que lo sientan como *ratio decidendi* y el que es objeto de enjuiciamiento. Por lo demás, en el caso ha habido un convenio transaccional que excluye la falta de causa o injusticia del desplazamiento patrimonial, sin que proceda efectuar un juicio sobre el hipotético desequilibrio económico resultante de los diversos pactos que integran la transacción porque, como tiene dicho este Tribunal (SS entre otras, de 14 de marzo de 1955, 8 de marzo de 1962, 10 de abril de 1964, 30 de octubre de 1989 y 6 de noviembre de 1993), el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de concesiones.

No cabe casar la sentencia por un vicio procesal atribuido a la resolución de primera instancia que no fue planteado en apelación.—Y finalmente se desestima también el motivo undécimo en el que se denuncia infracción del párrafo segundo del artículo 523 LEC de 1881, con base en que —según el motivo— la sentencia del Juzgado condena a la demandada al pago de las costas a pesar de que no da lugar al último inciso del apartado C (del suplico de la demanda) relativo a la solicitud de condena en concepto de

daños y perjuicios. La razón para no acoger la denuncia se halla en que el vicio procesal aducido hace referencia a la resolución de primera instancia y no consta planteado, habiendo podido serlo, en la apelación, por lo que no puede ser tratado *per saltum* en la casación, ya que el objeto de este recurso es la Sentencia de la Audiencia, la cual, al no acoger el supuesto defecto, actuó dentro del ámbito del efecto devolutivo de la apelación; sin que por otra parte sea advertible un olvido u omisión por parte del juzgador de instancia pues ni existe base objetiva para su apreciación, ni se ha invocado incongruencia omisiva o falta de motivación. (STS de 28 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de las profundas desavenencias surgidas entre diversas personas con intereses en varias sociedades, que habían dado lugar a numerosos conflictos y litigios, se entabló un largo proceso de conversaciones que culminó en un convenio transaccional en el que se insertó un arbitraje de equidad que se otorgó el 23 de diciembre de 1991. Entre los litigios referidos había dos cuyas demandas se habían formulado por el recurrente en casación contra una entidad mercantil y en las que reclamaba unas cantidades de dinero que estimaba le correspondían por el tiempo que fue miembro del Consejo de Administración. La estimación de ambas demandas en primera instancia fue recurrida por la entidad mercantil, que poco después desistió de sus recursos por efecto del convenio transaccional, deviniendo firmes las dos sentencias. Ante el incumplimiento del convenio por el antiguo miembro del Consejo de Administración, la entidad mercantil le demanda exigiendo la restitución de lo obtenido por la ejecución de las dos sentencias. El demandado condenado en ambas instancias interpone el recurso de casación al que el TS declara no haber lugar. (M. C. B.)

52. Interpretación de los contratos. Artículos 1281 a 1289 CC.—Según reiterada jurisprudencia, si la claridad de los términos de un contrato no deja duda sobre la intención de las partes, se estará a la interpretación gramatical prevista en el artículo 1281.I CC; en estos casos no entran en juego las reglas contenidas en el resto de los preceptos relativos a la interpretación de los contratos (SSTS de 2 de marzo y 10 de junio de 1998 y 5 de abril de 1999).

Afianzamiento de deudas futuras.—La fianza de deudas futuras está subordinada al nacimiento de la obligación principal obligándose el fiador sólo condicionalmente, para el caso de que la deuda llegue a tener realidad.

La deuda debe ser previsible o determinable en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda un nuevo contrato de fianza. La determinación exigida se concreta en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan, así como el importe máximo de las mismas.

Obligación de los bienes comunes del matrimonio del comerciante. Artículos 6 y 7 CCO.—Según dichos preceptos, el marido en el ejercicio del comercio puede obligar los bienes comunes del matrimonio pero no los privativos de la esposa.

Modificación del régimen económico matrimonial y derechos de terceros. Artículo 1317 CC.—En virtud de dicho artículo, la modificación del

régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros. La jurisprudencia ha establecido en reiteradas ocasiones que no es necesario para hacer efectivo lo dispuesto en dicho precepto pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones ni demostrar que no se pueden cobrar de otro modo sus créditos. (STS de 18 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El 30 de junio de 1979, J. R. A. L. garantiza al *Banco Santander* en virtud de póliza de Garantía y Afianzamiento de Operaciones Mercantiles intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, el pago, de forma solidaria y con renuncia a los beneficios de excusión y división, de las cantidades que a dicha entidad adeudase *Alaceros Elgoibar, S. A.* (de la que el fiador era socio administrador), tanto en ese momento como en un futuro, con independencia del concepto de que procediesen y la forma en que la obligación fuese contraída, incluso por cantidades que tuviese que satisfacer el Banco en virtud de avales o afianzamientos por préstamos en beneficio de terceros y a favor de la persona garantizada por la póliza, hasta una suma de catorce millones de pesetas más comisiones e intereses devengados y no satisfechos, así como los gastos que judicial o extrajudicialmente se ocasionasen por cuenta o culpa del deudor.

La duración de la fianza se estableció por tiempo ilimitado ínterin no hubiesen sido canceladas las obligaciones y satisfechas las cantidades que de las mismas se derivasen y ello aunque se suscribiesen nuevas pólizas por el mismo u otros fiadores a favor de la misma persona garantizada.

El *Banco Santander* interpone demanda contra J. A. R. L. y su esposa reclamando el pago de la deuda nacida en virtud de la utilización del crédito concedida a la entidad fiada *Alaceros, S. A.* en póliza de crédito con Garantía de Valores suscrita por esta entidad y el *Banco Santander* el 28 de julio de 1992 por importe de 60 millones de pesetas, de los que dispuso la entidad acreditada. El crédito de la póliza se constituyó con garantía prendaria de mil acciones de la sociedad *Alaceros Elgoibar, S. A.* cuyo nominal superaba en cuarenta millones de pesetas el importe del crédito. Dicha garantía real se vio reducida como consecuencia de la declaración de dicha sociedad en suspensión de pagos, calificándose la insolvencia de definitiva.

El 19 de octubre de 1993, antes de haberse agotado el crédito de sesenta millones citado, J. A. R. L. había concertado con su esposa la separación de bienes, habiendo sido contraído su matrimonio en régimen legal de gananciales.

Las sentencias de primera instancia y apelación desestiman la demanda. (B. F. G.)

53. Culpa extracontractual: daños por rotura de tubería subterránea desde Canal del Duero: responsabilidad de la Administración: Derecho transitorio: Vis atractiva de la jurisdicción civil.—Según el artículo 9.2 LOPJ, los Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden juris-

diccional. Según doctrina jurisprudencial reiterada, la *vis attractiva* tiene lugar cuando tratándose de una reclamación patrimonial por daños derivados de un acto ilícito extracontractual, se demanda a la Administración conjuntamente con personas físicas o jurídicas privadas, existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas; ello tiene un sólido fundamento en que debe evitarse la división de la contienda de la causa al tener que actuar el perjudicado ante dos órganos jurisdiccionales diferentes, *ratio* que ha sido resaltada en el Auto de 27 de diciembre de 2001 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS, ya que provocaría una merma de las garantías del ciudadano y, en último término, un debilitamiento de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Demanda presentada después de la entrada en vigor de la Ley de 1992.—Nada influye en la solución que se adopta el hecho de que la demanda se haya deducido cuando ya había entrado en vigor la Ley de 1992 y su Reglamento de 1993, porque esta Sala vienen entendiendo aplicables a tales reclamaciones la doctrina de la *vis attractiva* en el sentido expuesto (así SSTTS de 22 y 31 de diciembre de 1999, 26 de febrero, 7 de marzo, 10 de abril, 29 de junio, 28 de noviembre y 18 diciembre de 2000, y 7 de marzo y 19 de noviembre de 2001), la cual debe ser mantenida porque además de concurrir en su apoyo sólidos argumentos, abunda para ello una elemental razón de seguridad jurídica procesal.

Solidaridad impropia: no se exige identidad de causa, pero sí concurrencia causal única en la producción del resultado.—La condena solidaria es correcta tanto en la perspectiva del artículo 1902 como en la apreciación de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. La solidaridad en sede de responsabilidad extracontractual responde a razones de equidad, interés social y aseguramiento de la protección de la víctima, y ha sido declarada en profusa jurisprudencia de esta Sala que la impone en aquellos casos en que, interviniendo una pluralidad de agentes con concurrencia causal en la producción del evento dañoso, no resulta factible individualizar la contribución de cada uno, por lo que deviene imposible deslindar las responsabilidades concretas; para la aplicación de la solidaridad no se exige una unidad de causa, aunque sí concurrencia causal única, pero ello no obsta a una pluralidad de comportamientos, que pueden ser independientes y autónomos, simultáneos o sucesivos, pero que indudablemente han de concurrir a concatenarse en la producción del resultado dañoso; no se requieren que sean concausas, pero sí han de tener un valor eficiente, por lo que quedan excluidos los comportamientos que tengan carácter secundario. El comportamiento negligente de la Administración, dueña de la obra, radica en haber ordenado o autorizado la excavación de una zanja por un punto distinto del trazado del proyecto, sin previa información y documentación sobre la inexistencia de eventuales conducciones subterráneas que podrían discurrir por este lugar; junto a ello se estima la existencia de conductas y omisiones culposas de las otras entidades demandadas que confluieron en la producción del resultado dañoso, y que justifican la solidaridad, porque el resultado es fruto de una actuación plural, y cabe imputación del daño íntegro a cada uno de los agentes, autores del ilícito. (STS de 7 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La *vis attractiva* que justifica residual y transitoriamente la competencia de la Sala 1.^a se ha proclamado en litigios que afectan a varias y diversas Administraciones públicas. A título de ejem-

plo: STS de 22 de diciembre de 1999, en las lesiones causadas a un escolar en clase de Gimnasia, concediendo indemnización de 120 millones de pesetas, hechos ocurridos en 1988 (extractada en *ADC*, 2001, p. 962 ss.); daños causados por la ocupación de tierras para construcción de pantano, ocurridos al parecer antes de 1992, en STS de 26 de febrero de 2000 (extractada en *ADC* 2001, p. 1298 s.); lesiones causadas por balonazo a alumno menor, antes de 1992, en STS de 19 de abril de 2000 (extractada en *ADC* 2001, p. 1306 s.); muerte de niña de cuatro años en actividad extraescolar, en 1990, según STS de 29 de junio de 2000 (extractada en *ADC* 2002, p. 357 ss.); médico que secciona nervio al practicar biopsia, en 1988, según STS de 28 de noviembre de 2000 (extractada en *ADC*. 2002, p. 880). Dado el retraso acumulado en la Sala 1.^a es previsible que seguirán dictándose todavía bastantes sentencias en el mismo sentido. (*G. G. C.*)

54. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad impropia.—Aun cuando en nuestro Derecho rige la regla de no presunción de la solidaridad, conforme a la cual solamente habrá lugar a ella «...cuando la obligación expresamente lo determine» (art. 1137 CC), por lo que a los supuestos de responsabilidad civil extracontractual se refiere, dicha regla no es aplicada por la jurisprudencia cuando concurre más de un responsable, pudiéndose dirigir el perjudicado contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar el daño (SSTS de 13 de enero de 1979; 30 de diciembre de 1981; 17 de febrero, 28 de mayo, y 20 de octubre de 1982; 8 de mayo y 22 de septiembre de 1986; 21 de octubre de 1988; 24 de enero de 1989; 11 de febrero y 7 de mayo de 1993; 30 de mayo y 4 de noviembre de 1994; 17 de marzo y 12 de diciembre de 1998, entre otras). La solidaridad así denominada impropia se establece entre los copartícipes del hecho ilícitos y, según el caso, entre ellos y sus aseguradores, como medio o garantía de resarcimiento, de modo que cada uno de ellos, de los deudores, debe cumplir íntegramente la prestación (FD 1.^o).

Incongruencia de la sentencia. Condena solidaria de todos los demandados al pago de indemnización sin que en el suplico de la demanda se hubiese instado dicha condena.—Tal y como ha declarado el TS, «...no se precisa una exactitud literal y rígida entre el fallo de las sentencias y las pretensiones deducidas ...», siendo suficiente con que se dé racionalidad, lógica jurídica necesaria y adecuación sustancial (FD 1.^o, con cita de las SSTS de 30 de mayo de 1994 y 17 de marzo de 1998). Por tanto, no se entiende lesionado el principio de congruencia de las sentencias en los supuestos en los que los términos del suplico y del fallo no son literalmente iguales, siempre y cuando, y sin alteración sustancial de la pretensión, ambos respondan a una unidad conceptual y lógica. En dicho sentido, la petición de la condena de todos los codemandados puede entenderse sinónima «... en el uso o entendimiento forense, de que se pretende una condena solidaria de los mismos». (STS de 15 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Los hermanos P. y L. D. N., y la empresa *Dela, S. A.*, demandaron por los trámites del juicio de menor cuantía a J. S. Z., J. P. J., M. A. R. y a la entidad mercantil *Copilev*, solicitando la condena de los mismos al pago de una indemnización de 4.953.500

pesetas por los daños sufridos en una nave de su propiedad, y de 6.876.346 pesetas a la empresa *Dela, S. A.*, por los daños ocasionados en el túnel de frío instalado en la citada nave industrial. Desestimada la pretensión en Primera Instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto frente a la misma, condenando a los codemandados solidariamente al pago de la cantidad de 3.715.125 pesetas a los hermanos D. N., por los daños causados en la nave siniestrada, de los cuales el 50 % serán a cargo de J. S. Z., J. P. J. y M. A. R., y el otro 50 % a cargo de la entidad *Copilev*. La representación legal de esta última formuló recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la infracción del artículo 24. 1 CE, por infracción de las normas reguladores de la sentencia, en concreto, el artículo 359 LEC en relación con los artículos 1137 y 1138 del CC, al condenarse a los demandados solidariamente sin que en el suplico de la demanda se hubiese solicitado dicha condena solidaria sino únicamente «estimando la pretensión de la parte actora y condenando a los demandados...»

NOTA.—Si bien es cierto que la Sala 1.ª del TS aplica la regla de la solidaridad impropia en supuestos de responsabilidad civil extracontractual en la que se produce una concurrencia de partícipes en el hecho ilícito (FD 3.º STS, de 7 de mayo de 1993), y que la misma no pretende sino «... proteger a los perjudicados ...», así como «... salvaguardar el interés social ...» (FD 1.º), sin embargo, como el propio TS tiene igualmente declarado, el principio de solidaridad en estos supuestos tiene su razón de ser en tanto que no sea posible concretar o cuantificar la participación de cada uno de ellos en la producción del hecho dañoso (FD 5.º STS de 8 de noviembre de 1999, RJ 1999/8007). Así pues, cuando no haya sido posible cuantificar la participación de cada uno de los demandados en el hecho, la relación acreedor-deudores se establece, externamente, como solidaria, mientras que, internamente, y conforme al propio tenor literal del artículo 1138 CC, la deuda se entiende dividida proporcionalmente entre dichos deudores. Si embargo, llama la atención cómo en la sentencia que anotamos, al desestimarse el recurso, se confirma el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, en el cual, aun cuantificándose la participación de cada uno de los demandados en el hecho dañoso, un 50 % a cargo de tres de los demandados, y el 50 % restante a cargo de la entidad *Copilev*, simultáneamente se condena solidariamente a todos ellos a que indemnicen a los propietarios de la nave siniestrada. (R. D. O.)

55. Culpa extracontractual: daños por explosión de botella de acetileno: solidaridad: efectos de la apelación estimada de la compañía de seguros en el condenado que no recurre.—Es cierto que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela, ni se adhiere a la apelación, ni es dable entrar en cuestiones consentidas por el litigante, pero este principio quiebra en el supuesto de que los pronunciamientos deban ser absolutos e indivisibles por su naturaleza, y en aquellos otros en que haya solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal, nacida de los mismos hechos, con invocación de los mismos fundamentos y apoyada en alegación

que hacen idéntica la condición de los litigantes, pues ha de resolverse de igual manera y con carácter uniforme para todos aquellos que se encuentren en idéntica situación, aunque no hubieran apelado de la sentencia, bastando el recurso de uno cualquiera de ellos, para que el Tribunal de segunda instancia pueda conocer el problema con toda su amplitud y con efectos para todas aquellas personas (STS de 29 de septiembre de 1996).

Incongruencia.—Es doctrina jurisprudencial muy reiterada que el ámbito del recurso de apelación, salvo la *reformatio in peius*, abarca íntegramente la cuestión resuelta en primera instancia, y que el Tribunal de apelación puede y debe resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito.

Responsabilidad por la explosión de la bombona de acetileno: relación de causalidad.—La sentencia impugnada concluye terminantemente que las pruebas practicadas no han permitido acreditar que el origen de la explosión producida en el pabellón de la actora estuviera en una fuga de la bombona de acetileno, debido a una deficiencia imputable al suministrador de la misma, existiendo informes periciales que la atribuyen a una fuga de las gomas del soplete, sin que ello tuviera nada que ver con el estado de la botella de gas suministrada tres meses antes a la entidad demandada. (STS de 18 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda se interpone por dos empresas perjudicadas por la explosión de una bombona de acetileno, y su compañía de seguros, contra la empresa suministradora de aquella y su aseguradora. La demanda se estima en su totalidad. El recurso de apelación se interpone exclusivamente por la compañía aseguradora, siendo estimada por la Audiencia Provincial, que absuelve además a la empresa suministradora aquietada con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. El recurso de casación se interpone por las tres partes actoras, siendo desestimado (Pte.: Auger Liñán). (G. G. C.)

56. Culpa extracontractual: daños en vehículos por atropello de caballerías en autovía no vallada; responsabilidad del dueño y del Estado: solidaridad impropia.—La más reciente jurisprudencia establece una solidaridad impropia derivada de la responsabilidad extracontractual, basada en la necesidad de salvaguardar el interés social de estos supuestos cuando hay causación común del daño que conduce a la unidad de responsabilidad, y ante la imposibilidad de establecer cuotas ideales de participación en la responsabilidad. Esta orientación se considera como la más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones.

Evolución de la jurisprudencia.—Nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil, al menos en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios. Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, denuncian una evidente tendencia a favor de las víctimas, a costa de un innegable oscurecimiento del elemento *culpa* puro, o bien se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promo-

vida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume; o bien se identifica la diligencia, no con un cuidado normal, sino con una exquisita prevención de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento. Se ha consolidado la interpretación jurisprudencial de que no basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y adoptar los daños, pues si esas medidas no han ofrecido resultados positivos, porque de hecho estos daños se han producido, se revela su insuficiencia, y que falta algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.

Autovía no vallada.—Se había previsto en el proyecto de la autovía un cerramiento de la misma, pero dichas vallas no se construyeron antes de funcionar aquélla, lo que comportó un riesgo; el accidente dañoso no hubiera sucedido de haberse llevado a cabo la totalidad de los trabajos accesorios antes de su entrada en funcionamiento; lo que justifica la responsabilidad del Estado. (STS de 12 de abril de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: lesiones por caída casual en restaurante: inaplicabilidad de la doctrina del riesgo.—La actora, con ocasión de un viaje de Palencia a Santiago de Compostela, se detuvo a comer en un restaurante de carretera, y al entrar sufrió una caída de la que se derivaron lesiones. Estos hechos excluyen absolutamente una acción u omisión culposa, puesto que el lugar en que ocurrió el hecho no era un terreno resbaladizo, ya que en aquel momento por el lugar transitaban unas quinientas personas que no sufrieron percance alguno. La teoría del riesgo como sustentadora de una exigencia de responsabilidad extracontractual, es aplicable solamente a los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas, y no lo es la actividad inocua y desprovista de peligrosidad alguna, como de entrar en una edificio público. (STS de 13 de marzo de 2002; no ha lugar.) (G. G. C.)

58. Culpa extracontractual: responsabilidad de RENFE: accidente mortal en paso a nivel no suficientemente cerrado: negligencia del conductor: concurrencia de culpas.—Se declara la conducta negligente del conductor del tren, ya que conocía perfectamente, a fuerza de pasar por allí con frecuencia, que el lugar donde ocurrió el accidente, ubicado en núcleo urbano, era costumbre arraigada su utilización como paso por la gente, lo que una elemental previsión, al margen de normas y reglamentos, le imponía necesariamente circular con la adecuada precaución, para poder frenar en cualquier evento, que se le presentase como posible y concurrente; y al no haber adoptado estas medidas que las circunstancias le imponían como elementales, y no eran sorprendidas, sino suficientemente sabidas, por resultar reiteradas y notorias, acusan una desatención en la conducción del convoy que necesariamente actúa como concausa determinante del lamentable y trágico suceso, máxime cuando las circunstancias del lugar permitían la maniobra de control, de haber mantenido una marcha atemperada a las adversidades que el tránsito por allí presentaba. En el mismo sentido, las SSTs de 24 de diciembre de 1992, 8 de mayo de 1995, 23 marzo y 14 de junio de 1996.

Motivación de las sentencias.—En el caso que nos ocupa el Tribunal de instancia ha emitido respuesta judicial, integrando motivación suficiente, conforme a la reiterada y conocida doctrina jurisprudencial y constitucional que se mueve en torno a principios asentados referentes a que no resulta exigible un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en cuanto a los diversos

aspectos que la cuestión litigiosa pueda presentar. No está necesariamente reñida la motivación con el laconismo, ni siquiera resulta preciso la cita rigurosa de modo expreso de los artículos aplicables al caso. El Tribunal de instancia tuvo en cuenta los artículos 1902 y 1903 CC, por lo que la decisión de la Audiencia Provincial respondió a su interpretación y aplicación, teniendo en cuenta la base fáctica, que no es otra que la actuación imputable al maquinista demandado que actuó como concausa eficiente en la producción del trágico suceso que costó la vida a las esposas y madres respectivas de los demandantes, al ser arrolladas por el tren-tranvía de RENFE. De esta manera concurre explicación suficiente y adecuada de la *ratio decidendi* que condujo a dictar la sentencia que se combate. Tampoco resulta desacertada la sentencia al hacer relato de las circunstancias concurrentes y del entorno físico y social, así como los usos y costumbres de los usuarios del paso a nivel, ya que lo proyecta a reforzar la decisión adoptada de darse concurrencia de culpas.

Incongruencia: poderes del Tribunal de apelación.—No se introdujo ningún hecho nuevo ni se instauró desvío de la *causa petendi*, sino que la Audiencia Provincial llevó a cabo un ejercicio correcto de las facultades jurisdiccionales propias, que le permitían no vincularse a los pronunciamientos de la sentencia apelada que resultaron incontestados. La segunda instancia actúa como una *revisio prioris instantiae* para atribuir plena competencia al órgano judicial correspondiente, que en este caso llevó a cabo apreciación de los hechos mediante su interpretación y valoración, para alcanzar la responsabilidad que atribuye a los recurrentes, admitiendo el dato conocido de que el fallecimiento de las dos mujeres tuvo lugar al ser arrolladas por el tren-tranvía, y de este modo se excluye la total culpa de las víctimas y se da entrada a la del conductor del convoy. (STS de 8 de febrero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—El lector que se fije exclusivamente en el párrafo que se inserta en el tercer FD y que se reproduce al final de esta nota, pensará que la sentencia no podía menos que condenar al organismo RENFE al abono de las elevadas sumas que ahora tienen por costumbre fijar los Tribunales españoles por la muerte accidental del cónyuge o del progenitor de las víctimas. La sorpresa aflora al comprobar que la condena es más bien simbólica, pues respecto de aquél la indemnización se fija en tres millones de pesetas y en cuanto al segundo se establece en un millón de pesetas a cada hijo. La sorpresa alcanza su cúlmén al comprobar que el esfuerzo argumental, tanto de Audiencia Provincial como del TS, estriba en magnificar la negligencia en que incurrió el conductor del tren (el JPI había desestimado pura y simplemente la demanda). La razón es clara: si no hay base legal para condenar a las Compañías ferroviarias por el mero hecho de mantener indebidamente abiertos los pasos a nivel en el centro de los núcleos urbanos, el único asidero para que los familiares de las víctimas perciban alguna indemnización es condenar al conductor (chivo expiatorio), pero —eso sí— a cantidades irrisorias. La sentencia trata el caso como un supuesto normal de aplicación de los artículos 1902 y 1903; con el riesgo de que, a mi juicio, en el FD 3.º, llegue a confundirse la actuación del conductor del tren-tranvía con la del conductor de cualquier vehículo a motor que transite por vías públicas.

Me pregunto ¿qué alcance jurídico tiene la siguiente declaración de la sentencia extractada, contenida en el FD 3.º ?:

Los pasos a nivel sobre todo los instalados en las poblaciones representan por sí un grave peligro, que configura un riesgo permanente y mantenido, por lo que resulta no sólo loable, sino imperiosa, la política seguida para su total supresión. En este sentido la doctrina de esta Sala censura el mantenimiento de este modo de practicar el paso por peatones de las vías férreas, ya que la realidad pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas reglamentarias sobre todo en los tiempos actuales pues el riesgo resulta impuesto y se sostiene de modo constante, con efectos trágicos en la mayoría de los casos. Las empresas ferroviarias han de asumir de forma decidida la supresión de los pasos a nivel y emplear los medios adecuados y eficientes para ello y, en todo caso, como dice la STS de 20 de julio de 1994, están obligados a justificar que en su actuación concurrió toda la prudencia y diligencia exigibles en la procura de evitar accidentes, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad semiobjetiva basada en el peligro instaurado, pues el riesgo en estos supuestos se presenta muy intenso y del todo previsible. Destaca, en primer término, la afirmación de que los pasos a nivel de las vías férreas, instalados en las poblaciones, representan por sí un grave peligro que configura un riesgo permanente y mantenido. Dedúcese que los accidentes mortales que ocurren en los mismos deben ser atribuido de modo inmediato, y sin vacilación, a la empresa que se lucra con tal situación. Sin duda las víctimas deben autoprotegerse de semejante riesgo, no atravesándolos; pero el uso social —o si se quiere, mal uso— que se hace de tales pasos, explica la frecuencia con que el hecho se produce y, en algún modo, reduce su responsabilidad. Hay, sin duda, concurrencia de culpas, pero con una participación porcentual muy superior a la de la empresa ferroviaria. Motivo de agravamiento de la negligencia de esta última tendría que ser el caso omiso que RENFE ha hecho de anteriores declaraciones del TS en supuestos similares a la presente. No parece que indemnizaciones mínimas estimularán con mayor eficacia la imperiosa política de supresión de tales pasos a nivel. (G. G. C.)

59. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: caída de andamio carente de medidas de seguridad: concurrencia de culpas.—Integra el riesgo —que en este caso es gran riesgo—, la contingencia, posibilidad y proximidad de un daño, al estar representado por un peligro potencial que no resulta desconocido, y si bien la víctima podía alcanzarlo o, al menos, intuirlo, no se trata de efectiva asunción plena y unilateral, sino más bien que quiso realizar su trabajo en las condiciones en que se le presentaba y ante esta situación no resultaba por completo ajena la empresa, la que, como dice la STS de 3 de septiembre de 1996, es la que crea el riesgo y por ello resulta titular del mismo, del que obtiene beneficio económico, con lo que resulta cooperadora del siniestro, pues el riesgo resultaba notorio y, en todo caso, imponía adoptar tales las medidas de precaución disponibles, incluso superando las reglamentarias, a fin de que el andamio resultase lo más seguro posible y la caída al vacío no pudiera producirse, lo que exigía la asistencia técnica, con-

trol y vigilancia a cargo de la empresa que omitió al tiempo del suceso y así lo pone de manifiesto el acta levantada por la Inspección de Trabajo, en la que se hace constar la falta de las adecuadas protecciones, al calificar como muy grave la infracción cometida; no ha de olvidarse que estas actas no dejan de ser instrumentos eficaces, en casos como el presente, que contribuyen a que el Juzgador obtenga su libre convicción para resolver la controversia procesal que ha de decidir (STS de 15 de junio de 2001).

Sentencias penales absolutorias.—Sólo vinculan a la jurisdicción civil cuando declaran la inexistencia del hecho del que la acción privada hubiera podido nacer, lo que aquí no sucede.

Integración del *factum*.—Según doctrina de esta Sala procede la integración del *factum* cuando se da insuficiente explicación, o la expuesta no es la adecuada, y se trata de hechos de influencia notoria en el fallo; en el presente caso la sentencia recurrida, después de constatar la falta de las debidas condiciones de seguridad, alega que al tratarse de oficial de primera, se delega por completo en él la función de prever y asumir el riesgo que suponía desarrollar un trabajo a considerable altura y en vuelo sobre la calle, y asimismo que la víctima contaba con puntales que le permitían la colocación de barandillas adicionales, y de las que había prescindido pese a su categoría en el oficio, y también que no había utilizado cinturón de seguridad, razones insuficientes que más bien ponen de manifiesto omisiones graves imputables a la empresa, por su falta de control y eficacia, que la hacen acreedora al reproche culpabilístico, aunque pueden tenerse en consideración para decretar concurrencia de culpas. (STS de 17 de abril de 2002; ha lugar.)

NOTA.—Adviértase que en este recurso no se plantea la clásica cuestión de competencia jurisdiccional, y que la demanda invocaba lisa y llanamente la responsabilidad civil por culpa extracontractual de la empresa, aunque el argumento fundamental —corroborado por la Inspección del Trabajo— era el incumplimiento clamoroso por parte de la empresa, de las medidas de seguridad en el trabajo. Correcta la *ratio decidendi* de considerar a la empresa como creadora del riesgo, en el que se interfiere la propia culpa de la víctima, careciendo totalmente de fundamento la curiosa explicación que ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de que, al ser la víctima Oficial de primera, había asumido plenamente todo el riesgo de la caída del andamio. Modestas deben calificarse las sumas indemnizatorias: tres millones de pesetas para la viuda, y para los hijos una escala descendente que va desde tres millones hasta 1.250.000 pesetas; indemnizaciones, por lo demás, que serán abonadas diez años después de ocurrir el accidente. (G. G. C.)

60. Culpa extracontractual: daños por incendio: acción subrogatoria de la aseguradora: requisitos: culpa embebida en relación de causalidad: no hace falta demostrar la causa del incendio.—En materia de incendio, la doctrina jurisprudencial exige la prueba del incendio causante del daño, pero no la prueba, normalmente imposible, de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal debe darse entre el incendio y el daño, y no respecto a la causa eficiente de aquél, ni mucho menos a la culpa. Así la STS de 22 de mayo de 1999 expresa: aquellos trabajos se desarrollaban en el ámbi-

to empresarial de la empresa en donde se produjo el incendio, por lo que a ella, y no obviamente a la actora le hubiera correspondido la carga de la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro. En el mismo sentido la STS de 31 de enero de 2000 dice: el incendio ha ocurrido dentro del círculo de su actividad empresarial, sometido a su control y vigilancia, y ajeno por supuesto al dañado, y por ello debe responder; los actores han de probar que su chalet se ha incendiado por la propagación del fuego iniciado dentro del centro de transformación, pero no lo que haya ocurrido en él para que se produzca. En el presente caso la sociedad demandada tuvo un incendio en su almacén, sin que se conozca la causa del mismo, cuyo incendio causó daños, cuya indemnización fue pagada por la entidad aseguradora actora, y cuya reclamación es objeto de este proceso, con legitimación prevista en el artículo 43 de la Ley del seguro, y cuyo fondo sustantivo contempla el artículo 1902 CC. Al desestimar la demanda la Audiencia Provincial por ignorarse la causa del incendio, la sentencia de instancia ha infringido la normativa aplicable y la jurisprudencia que lo interpreta, debiendo abonar la entidad demandada lo que fue pagado con intereses moratorios desde la interposición de la demanda, y los ejecutorios desde la de esta sentencia. (STS de 24 de enero de 2002; ha lugar.)

NOTA.—La condena excede de veinticuatro millones de pesetas, el Juzgado de Primera Instancia absuelve de la instancia, la Audiencia Provincial entra en el fondo, pero absuelve de la reclamación por falta de prueba de la causa productora del incendio. El TS en Ponencia de *O'Callaghan Muñoz* estima el recurso de la aseguradora. La doctrina es de aprobar pues, normalmente, desaparecen en el incendio toda clase de pruebas sobre la causa eficiente productora del mismo, lo que impide habitualmente reclamar con éxito las indemnizaciones correspondientes. Cabría imaginar un local especialmente acondicionado para impedir, o reducir, las consecuencias de la propagación del incendio, con pleno aislamiento del mismo, quedando estas cualidades plenamente demostradas en el proceso; en tal supuesto no cabría aplicar esta doctrina, de modo que el *onus probandi* de la causa efectiva del incendio recaería plenamente sobre el actor. (G. G. C.)

61. Falta de prueba del daño moral causado a quebrados rehabilitados.—La acción reparadora del artículo 1902 CC comprende el daño moral, referido hoy día no sólo al ataque a los derechos de la personalidad, sino también al sufrimiento psíquico que pueda originar la pérdida de bienes materiales, pero ello no ha de producirse en todo caso y cuando, como ocurre en el enjuiciado, no se dan por probados tales daños, la valoración probatoria había de combatirse adecuadamente (*vid.* STS de 19 de octubre de 1996).

«La acción encaminada al reconocimiento del derecho al resarcimiento del daño moral ha de constatarse en la instancia, circunstancia que no concurrir en el caso» (*vid.* STS de 14 de diciembre de 1993 que resuelve el caso en sentido parecido a la sentencia anotada). (STS de 19 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.— Dos quebrados rehabilitados formularon demanda de mayor cuantía reclamando daños y perjuicios como consecuencia de la sentencia recaída en el incidente de oposición del procedimiento de quiebra. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda manteniendo la denegación indemnizatoria por falta de prueba. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y declara la existencia de una deuda en concepto de daño moral a favor de los actores de 10.000.000 de pesetas (5.000.000 de pesetas para cada uno de ellos).

NOTA.—La sentencia anotada forma parte de la línea jurisprudencial que entiende que el daño moral tiene que ser objeto de prueba. La STS de 31 de mayo de 2000 analiza la jurisprudencia, aparentemente contradictoria, relativa al daño moral y concluye que no lo es tanto si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere: «Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS de 21 de octubre de 1996), que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 de febrero de 1994) o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 de junio de 1991), en tanto en otras resoluciones se exija la constatación probatoria (STS de 14 de diciembre de 1993) o no se admita la indemnización (compensación o reparación satisfactoria) por falta de prueba (STS de 19 de octubre de 1996). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (SSTS de 23 de julio de 1990, 29 de enero de 1993, 9 de diciembre de 1994 y 21 de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las SSTS de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994.»

El profesor Díez Picazo sostiene una concepción estricta de daño moral entendiendo por tal: «el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona, sin proceder al respecto a concepciones extensivas, en las que la indemnización carezca de justificación.» Respecto a la prueba, señala que no debe ser simplemente presumido por los tribunales, sino objeto de algún tipo de prueba («Derecho de Daños», Madrid, 1999, p. 328). (M. C. L. J.)

62. Culpa extracontractual: lesiones a menor de edad causadas por balonazo, con pérdida casi total de visión, causadas por otro menor en paseo público: responsabilidad de los padres y absolución del Ayuntamiento.—El juego con una pelota no es, de por sí, susceptible de generar un especial riesgo de ilícitos extracontractuales, pero tampoco es tan inocuo para que éstos no puedan surgir cuando se dan determinadas circunstancias que justifican la apreciación de culpa extracontractual; evidentemente el juego se desarrollaba en un paseo público, por tanto inidóneo, con independencia de que no hubiera un cartel o indicación prohibiéndolo; no se utilizaba una simple pelota sino un balón de cuero, además deshinchado; se practicaba por jóvenes de diecisiete años de edad en que el impulso desplegado puede ser importante, y se impacta con violencia en una menor de dieciséis años, sentada en un banco, ajena por tanto al juego, que se hallaba en un lugar en el que para nada debían incidir los efectos del mismo. En tales circunstancias resulta incuestionable que era previsible la posibilidad de dañar a terceros no inter-

vinientes, y fácilmente evitable de haberse ajustado la diligencia a las reglas de atención y cuidado exigibles. Nada consta que impida aplicar la responsabilidad de los padres, conforme al artículo 1903 CC y en atención a la presunción de culpa que establece el último párrafo de dicho precepto. Dado que la parte actora no recurrió la absolución del Ayuntamiento no procede pronunciarse sobre ello. (STS de 8 de marzo de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Doctrina correcta (Pte.: Corbal Fernández) a la que sólo cabe alegar (bajo la óptica de la realidad social) que parece excesivo hacer responder a los padres por la conducta lúdica culposa de su hijo de diecisiete años; asimismo, y a efectos meramente doctrinales, la posible y eventual responsabilidad del Ayuntamiento —que no pudo discutirse en el proceso— por *culpa in vigilando*: en principio, la distinción entre un parque público y unas instalaciones deportivas resulta absolutamente clara; también parece evidente que el Ayuntamiento debe garantizar, en principio, la integridad personal de los usuarios del parque (dejando aparte que haya, o no, un cartel que prohíba jugar al balón, y que disponga de personal de vigilancia). (G. G. C.)

63. Culpa médica: responsabilidad del INSALUD por hepatitis debida a transfusiones: prescripción de la acción.—El actor ingresó en el centro La Paz del INSALUD, por razón de un accidente de tráfico, aplicándosele trece transfusiones de sangre, por efecto de las cuales se le produjo una hepatitis vírica post-transfusional, y año y medio después se le dictamina hepatitis crónica con posibilidad de degenerar en cirrosis. Para rechazar la prescripción hay que tener en cuenta que no se ha probado el *dies a quo* pues no consta la notificación del auto de archivo de las diligencias penales a la parte perjudicada, siendo reiterada la jurisprudencia de que si no se ha producido la notificación, no ha comenzado a correr la prescripción extintiva, ya que subsistiendo la acción civil derivada de delito por no haberla renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales han de proceder a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales, pues en otro caso afecta negativamente al derecho constitucional del perjudicado de acceder al proceso en el orden civil, y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño.

Nexo causal: presunciones.—La sentencia de instancia aplica correctamente la prueba de presunciones, pues es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones.

Culpabilidad ínsita en la relación de causalidad.—Al existir nexo causal entre las transfusiones y la enfermedad, deriva en este caso la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse ésta no se habría producido el daño (SSTS de 21 de enero y 9 de octubre de 2000, y 24 de enero de 2002).

Moderación del *quantum indemnizatorio*.—La posible moderación de la cuantía de la indemnización es tema exclusivo del Tribunal de instancia, estando vedado su acceso casacional, al tratarse de una auténtica facultad dis-

crecional del juzgador de instancia, según reiterada jurisprudencia. (STS de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia plenamente de aceptar, de la que ha sido Ponente O'Callaghan Muñoz. Un caso análogo es el contemplado en STS de 10 de noviembre de 1999, estimatoria del recurso, que condenó al INSALUD a una indemnización de veinte millones de pesetas, con resultado de muerte después de contagio de hepatitis C y sida a consecuencia de transfusión. (G. G. C.)

64. Responsabilidad médica: la obligación del anestesista es de medios: ausencia de responsabilidad por secuelas de la intervención.—La jurisprudencia de esta Sala (así STS de 4 de junio de 2001) declara que la obligación del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que, pese a alguna sentencia aislada que invierte en su contra la carga de la prueba, resulta siempre exigible como presupuesto indispensable de su obligación de indemnizar, la prueba de su culpa o negligencia. La administración de anestesia general comporta de por sí un riesgo para la vida y la integridad física del paciente, riesgo no obstante necesario para la práctica de un amplísimo abanico de intervenciones quirúrgicas; al médico anestesista no puede exigírsele que durante la intervención no surja complicación alguna, sino que lo exigible es que reaccione de la forma más adecuada para solventarla o paliar sus efectos según la técnica y conocimientos propios de su especialidad, todo ello, previa comprobación del material e instrumental a utilizar y previa conexión de los sistemas de monitorización y detección puestos a su disposición por el centro, de acuerdo con el estado de la técnica y las normas que rijan el equipamiento preciso en quirófano. En el presente caso el anestesista no pudo apercibirse de la impermeabilidad de la sonda causada por la herniación del balón hasta que fue avisado por los cirujanos; que la obstrucción no fue brusca ni importante y podía pasar desapercibida; que por la índole de la intervención quirúrgica —corrección de tabique nasal— el anestesista no podía ver la cabeza del paciente; que la sonda había funcionado correctamente durante setenta minutos, siendo por tanto inadvertible cualquier posible defecto al comienzo de la intervención; y que una vez avisado por los cirujanos el médico anestesista reaccionó de inmediato ejecutando la operación correcta en función de la complicación surgida, lo que determinó que las secuelas de la falta de oxígeno momentánea fueran de alcance mínimo. La conclusión es que, tanto los cirujanos como el propio anestesista se ajustaron al patrón de conducta que jurídicamente les era exigible en el ejercicio de su profesión. (STS de 4 de febrero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—Las demandas basadas en la presunta actuación culposa del médico anestesista son relativamente frecuentes. La STS de 13 de abril de 1999 (extractada en *ADC*, 2001, p. 482 s.) contempló un caso en que se condenó al anestesista por incumplimiento del deber de información (en la anotación se indica jurisprudencia anterior). (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. Requisito y finalidad de la tercería de dominio.—La acción de tercería de dominio exige, como requisito *sine qua non*, que el tercerista sea propietario indubitado del objeto que ha sido embargado. La finalidad principal es la de liberar el objeto que ha sido embargado injustificadamente trabado, es decir, el levantamiento del embargo basándose en la propiedad del tercerista. Según la STS de 10 de octubre de 1996, la acción de la tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercerista para demostrar su propiedad sobre el bien embargado.

Transmisión de la propiedad: teoría del título y el modo.—El sistema del título y el modo es el que se recoge en los artículos 609 y 1095 CC, inspirado en el sistema romano. De ahí que para la transmisión de la propiedad sea necesario no sólo la perfección del contrato sino que ha de seguirse de la tradición.

Eficacia y consecuencia jurídica del contrato de compraventa perfeccionado, sin tradición.—La perfección del contrato de compraventa da lugar a la posibilidad de ejercitar acciones personales. Se adquiere una expectativa de vivienda en los casos de contratos de compraventa en documento privado sobre planos. Sin la tradición no es posible ejercitar con éxito la acción de tercería de dominio, ya que no se da nacimiento a acción real alguna (STS de 4 de enero de 1991). Tal adquisición de vivienda «sobre plano» únicamente constituye un título, aunque nunca un modo de adquirir. (STS de 14 de febrero de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes L. T. G. y A. O. L. suscribieron y adquirieron de una promotora, mediante el sistema «a través de planos», y a través de documento privado, un piso, cuya adquisición inscribieron en la Consejería de la Vivienda. Posteriormente, el señor L. D. R., acreedor de dicha promotora, embargó el piso en cuestión que estaba a nombre de la misma. Por ello, formularon demanda de tercería de dominio ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando se declarase las viviendas descritas como de exclusiva propiedad de ambos demandantes, condenando a los demandados a pasar por dicha declaración, y solicitando la cancelación de la anotación preventiva de embargo que pesaba sobre los inmuebles. Se dictó sentencia por la que se desestimó la tercería de dominio, sin que procediese alzar el embargo trabado. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó el recurso, revocando la de la primera instancia. Se presentó recurso de casación con base en la interpretación errónea de los artículos 609 y 1462 CC. El TS declara haber lugar al recurso.

NOTA.—El TS en esta resolución parece continuar la línea mantenida en cuanto que si el contrato de compraventa se ha realizado en documento privado y no se produce la tradición por cualquiera de las formas espiritualizadas admitidas en el Código civil, el comprador no se encuentra legitimado para levantar el embargo que pesa sobre el objeto por parte de los acreedores del vendedor (SSTS de 8 de mayo de 1986, 8 de febrero de 1988, 26 de mayo y 28 de noviembre de 1989, 26 de noviembre de 1991, 9 de marzo de 1994, 18 de

febrero de 1995, 27 de junio y 18 de septiembre de 1996, 25 de noviembre de 1997, 18 de mayo de 1998). La reciente sentencia de 4 de febrero de 2002, aun afirmando la carencia de autenticidad del documento privado, establece la falta de prueba para acreditar una existencia real de posesión que significase la tradición y, por tanto, probase la propiedad del tercerista. Aunque existen algunas Sentencias del TS, siendo minoritarias, que se apartan de la postura establecida en la resolución anotada, como la STS de 2 de febrero de 1994, que no exige la tradición para que la tercería prospere, debido a que la misma únicamente requiere que se demuestre, no la propiedad del tercerista, sino que posee un derecho que le posibilita a instar el alzamiento del embargo.

En el caso concreto de adquisiciones de viviendas en construcción, o como la sentencia anotada denomina «sistema de planos» o «a través de planos», el TS se ha planteado en numerosas sentencias si es posible la adquisición del dominio aun cuando la vivienda se haya en fase de construcción. No se halla unanimidad en la postura mantenida, y por un lado se sostiene que no es posible la transmisión del dominio hasta que finalicen las obras (STS de 18 de septiembre de 1996) y, por otro, que cabe la posibilidad de realizar actos posesorios concluyentes que demuestren la tradición (STS de 2 de febrero y 10 de mayo de 1994), sin que exista problema alguno cuando ya se haya constituido en régimen de propiedad horizontal (STS de 14 de noviembre de 1997). En la sentencia anotada no se plantean tales cuestiones, ya que el contrato se celebra mediante documento privado, sin que sea medio admitido por el Código para realizar la tradición. (P. S. S.)

66. Naturaleza y finalidad de la tercería de dominio.—La jurisprudencia del TS ha experimentado una evolución vacilante, que va desde una primitiva posición de equiparación absoluta a la acción reivindicatoria (SSTS de 11 de abril de 1972, 26 de abril de 1978 y 26 de marzo de 1984), pasando después por una postura intermedia, en la que a modo de *obiter dicta* se indica la simple analogía, sin posibilidad de identificación, entre ambas acciones (SSTS de 8 de febrero de 1988 y 13 de abril de 1989) hasta llegar a la concepción más reciente, en la que el objeto de la acción de tercería de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados por no ser propiedad del deudor apremiado (entre otras, SSTS de 25 de octubre de 1988, 1 de febrero de 1990 y 22 de julio de 1996).

Existencia de un contrato: cuestión de mero hecho.—La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento son cuestiones de mero hecho y, como tal, su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado.

Comparecencia inicial del juicio declarativo de menor cuantía: rectificaciones.—Tiene declarado el TS (entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1992, 7 de octubre y 31 de diciembre de 1993, 28 de enero de 1995 y 3 de abril de 2001) que el alcance de la rectificación no se extiende más allá de las pun-

tualizaciones o concreciones que sean necesarias o convenientes sobre aspectos secundarios de la petición principal o desenvolvimientos que expliciten cuestiones implícitas en la misma, doctrina que sintetiza una constante jurisprudencia prohibitiva de la *mutatio libelli*.

Sentencia decisoria de la apelación.—Es característica esencial de la apelación la ausencia de restricciones a su fundamentación y resolución: en ésta pueden evidenciarse los vicios formales en que haya incurrido la resolución dictada en primera instancia, al igual que los eventualmente cometidos a propósito del análisis de fondo de la cuestión litigiosa, en aplicación de la ley material del asunto controvertido. El órgano *ad quem* no enjuicia únicamente sobre la legalidad de la resolución apelada, sino que extiende también su condición a la relación jurídico-material controvertida. Con relación al objeto debatido en la primera instancia, dicho órgano se encuentra en igual condición que el juez *a quo*, pudiendo llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada, con independencia del acierto de esta última. (STS de 21 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Don F. R. V. formuló demanda de tercera de dominio contra la *Unidad de Recaudación Tributaria* del Ministerio de Economía y Hacienda, Delegación de Ciudad Real, y contra don J. A. J. G., que se allanó a la demanda. El demandante solicitaba que, con suspensión del procedimiento de apremio dirigido contra el segundo demandado, se declarara que la finca objeto de embargo en el expediente como propiedad de éste era de exclusiva propiedad del demandante, ordenando, en consecuencia, que se levantase el embargo de la misma.

En la contestación a la demanda se alegó falta de legitimación pasiva, pues la demanda de tercera de dominio tenía que haber sido dirigida y soportada por la *Agencia Estatal de la Administración Tributaria*. El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva expuesta, condenando al actor al abono de las costas causadas. Interpuesto recurso de apelación por éste, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y, entrando en el fondo del asunto, desestimó la demanda formulada. El TS declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

67. La indivisibilidad de la cosa común es asimilable al supuesto de importantes dificultades resultantes de la división.—Este Tribunal confirma esa tesis que, además, refleja los distintos criterios para apreciar o no la divisibilidad de un bien comunitario, tanto se considere la posibilidad de la partición material del mismo, su disminución considerable de valor, el número de partícipes para su uso posterior, tras esa división y la necesidad de obras adecuadas a la partición, todo lo que se manifiesta en su FJ 2.º al discrepar del contenido adverso del informe pericial tenido en cuenta por la primera sentencia, pues, claro es, puede o no compartirse por la Sala de apelación, como ha ocurrido en autos en un tema como el debatido en el que se trata de un proindiviso sobre vivienda o inmueble para su habitabilidad por los dos comuneros, en la que uno, el actor, es titular de 5/6 partes, y el otro, el recurrente, de 1/6, con las correspondientes vicisitudes del uso posterior independiente de ese habitáculo, con fijación de elementos privativos y comunes que

sean del caso, amén del costo excesivo de las reformas precisas para su división material que, en caso alguno, proceden imponerse a quien como la actora ejercita un derecho divisorio legalmente establecido para poner término al proindiviso existente. (STS de 16 de febrero de 2002; no ha lugar).

HECHOS.—La actora demandó a su hermana en acción de división de una finca común, pidiendo la venta de la cosa en pública subasta, ante la falta de acuerdo para adjudicarla a una de las copropietarias con obligación de indemnizar a la otra. A pesar de que la demandante ostentaba las cinco sextas partes y la demandada únicamente un sexto, se emitió un informe pericial que presentaba una propuesta de división, lo que llevó al Juez de Primera Instancia a desestimar la demanda. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, estimando la demanda. Recurrida la sentencia ante el TS, se desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

68. Jurisprudencia acerca de la regla general de anulabilidad de los acuerdos de la Comunidad de propietarios.—La jurisprudencia de esta Sala posterior a las sentencias que se citan en el recurso, pero en cualquier caso referida al texto de la LPH anterior a su reforma por la Ley 8/99, se definió claramente por considerar meramente anulables los acuerdos que entrañasen «infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva Comunidad... quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 del Código Civil» (STS de 7 de junio de 1997 en recurso 1602/1993, y en el mismo sentido SSTs de 10 de marzo de 1997 en recurso 1183/1993 y 9 de diciembre de 1997 en recurso 3105/1993).

Validez de los acuerdos impugnados por haber sido ratificados por juntas de propietarios posteriores.—Mal puede reprocharse a la sentencia recurrida la infracción denunciada en el recurso, pues aparte de sustentarse el único motivo de este en una línea jurisprudencial ya superada, si por algo destaca dicha sentencia es por su buen sentido y su interpretación de las normas adecuada a la realidad del conflicto planteado, lejos de la rigidez formalista que determinó el fallo de primera instancia y que preside todo el alegato del recurso. Como quiera, por tanto, que en éste no se discute que la voluntad colectiva plasmada en el acuerdo impugnado fue ratificada por dos veces durante el año siguiente mediante sendas juntas debidamente convocadas y celebradas, en las que se manifestó una «voluntad transparente, amplia y claramente mayoritaria de los copropietarios», la conclusión no puede ser otra que la artificiosidad del conflicto traído ante esta Sala mediante un recurso de casación que sólo puede entenderse a partir de empeños personales de lograr parcelas de poder en la comunidad más que por verdadera necesidad de tutela judicial. (STS de 7 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Un grupo de propietarios demandó a otro grupo en demanda de impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de

propietarios de un local destinado a garaje, procedimiento al que se acumuló otro que se dirigió contra uno de los demandantes del primer proceso. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de los acuerdos impugnados, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, desestimó la demanda y estimó la demanda acumulada, condenando al demandado a que entregase a la nueva junta la documentación que obrase en su poder, incluido el libro de actas, así como el estado de cuentas y liquidación hasta el momento en que todo ello se verifique. Recurrída la sentencia ante el TS, este desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

69. Costas y zona marítimo-terrestre. Otorgamiento de concesiones. Jurisdicción.—El exceso de jurisdicción tiene lugar por carencia de competencia jurisdiccional en un determinado asunto, que corresponde conocer a jurisdicción distinta de la ordinaria. Si bien el otorgamiento de concesiones constituye atribución estatal (art. 64 de la vigente Ley de costas), cuando el pleito no tuvo por objeto tal cuestión, sino la titularidad dominical de los enclaves que reclaman los demandantes, es cuestión a resolver por la jurisdicción civil.

Cuando la sentencia reconoce el derecho de propiedad a favor del Estado y se limita a consignar algo que con carácter general proclama la Ley, y que no es otra cosa que la obligación de indemnizar las concesiones administrativas a favor del demandado, pero sin concretar éstos en modo alguno, porque tal determinación viene atribuida a la Administración y jurisdicción contencioso-administrativa y por expresarse así genéricamente, no se comete infracción procesal.

Costas y zona marítimo-terrestre. Deslinde. Jurisdicción.—No se invaden competencias de la Administración, ni de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando la jurisdicción civil se limita a declarar la propiedad del Estado, pero no determina sobre tal superficie marítimo-terrestre sus concretos y precisos límites, y la posibilidad de producirse confusión de linderos con otros bienes de dominio privado.

El deslinde, tanto en la vigente normativa como en la anterior, supone un acto o actividad de señalamiento de bienes de dominio público en atención a las características físicas que determina la Ley. La declaración de la titularidad del bien corresponde a la jurisdicción ordinaria, pero una vez declarada, precisa ser delimitada *in situ* para evitar su indeterminación. Hay que negar por ello la pretendida invasión de competencias administrativas y constando que la referida zona marítimo-terrestre no aparecía deslindada, siempre hay que hacerse para evitar invasiones colindantes.

Indemnización parcial y concesiones administrativas.—Señaló la STC 149/1991, que la operación de deslinde puede dar lugar a una privación de derechos, bien por incorporación al dominio público de terrenos que según la legislación precedente eran de dominio privado o en que existan títulos registrales amparados por el artículo 34 de la LH.

La privación de derechos debe indemnizarse y nuestro TC ha autorizado la concesión como medio indemnizatorio.

Dentro del orden contencioso-administrativo tiene el titular registral derecho a indemnización mediante concesiones y tal derecho puede renunciarse y entonces el *quantum* indemnizatorio se realiza en ejecución de sentencia sin valorar la concesión.

Derechos del particular que compra del Estado e inscribe en el Registro de la Propiedad.—El artículo 132.2 CE, al señalar que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental», no contiene una expresa excepción de los derechos adquiridos legítimamente por particulares. La derogación *ad futurum* que el precepto constitucional implica en su apartado 1 («La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación»), así como la regulación por Ley del Patrimonio del Estado y del Patrimonio nacional, en cuanto a su administración, defensa y conservación (art. 132.3), no significa que en caso que el Estado enajene legítimamente tales bienes a adquirentes de buena fe, vayan a ser expropiados sin la correspondiente indemnización, porque ello conculcaría el artículo 33.3 C. La doctrina del principal intérprete del Texto Fundamental, el TC, tiene declarado al respecto que «la garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 33.3 cuando precisa que la privación de bienes y derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes –111/1983, de 2 de diciembre– y asimismo reconoce un concepto amplio respecto al posible objeto de expropiación –108/1986, de 29 de julio–».

Como los derechos de los particulares han de mantenerse, la única manera de que sean reconocidos es la de condicionar su eficacia a la práctica del deslinde.

El TC no ha prescindido de la protección a las titularidades privadas y declaró que la Constitución no altera los derechos adquiridos, ni las situaciones consolidadas –SS de 4 de junio de 1991 y de Sala Plenaria de 4 de julio de 1991– pues otra cosa conduciría a convertir en letra muerta el artículo 33.2 CE. Por ello, sólo será posible preservar los derechos preexistentes, si se condiciona, no obstante declarar la titularidad estatal, al deslinde administrativo. (STS de 22 de marzo de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El Abogado del Estado promovió demanda sobre declaración de propiedad a favor del Estado, contra la entidad *R. I., S.A.*, solicitando que, en consecuencia, se declare que determinadas fincas son propiedad del Estado y le pertenecen en concepto de bienes de dominio público marítimo-terrestre, y se declaren nulas y cancelen las inscripciones registrales que contradigan dicho dominio.

La entidad demandada formuló reconvencción, solicitando se desestimase la demanda, fundamentalmente, «por tratarse los terrenos a que se refiere la demanda, alternativamente: a) bien de laguna privada, conforme a la DA 1.^a de la Ley de Aguas; b) bien de lagunas *vivas* sometidas al Régimen General del Derecho de Propiedad; c) bien de terrenos marismesños que por no reunir las características previstas en la Ley 22/1988 no han de incluirse en el género de los bienes demaniales; d) bien de terreno bajo y pantanoso, salinero, tampoco afectado por la Ley 22/1988 ... Subsidiariamente, por no tratarse del mar territorial, ni siquiera de aguas interiores, como se afirma en el Fundamento Principal de la demanda; ... porque los terrenos demandados, por ser de aquéllos de los demanializados por

vez primera en el artículo 4.3 de la Ley 22/1988, preservarían su condición de apropiables, ...

Si fueren rechazadas las anteriores razones, estimándose la demanda, se suplica que, aun por vía de excepción, sea reconocida a *RI, S.A.* el derecho de resarcimiento del valor de la cosa, ... cuya cuantificación habrá de realizarse en el trámite de ejecución de sentencia».

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando las fincas en litigio propiedad del Estado, en concepto de bienes de dominio público marítimo-terrestre, y declarando la nulidad y cancelación de las inscripciones registrales que contradigan las anteriores declaraciones, previo cumplimiento de condición suspensiva de que se proceda al deslinde administrativo de dicha zona marítimo-terrestre.

E, igualmente, estimó en parte la reconvencción interpuesta por el demandado contra el Estado, declarando una indemnización a favor de la entidad demandada, consistente en, bien concesiones administrativas y la diferencia de valor entre el precio de las concesiones y el precio total del inmueble pendiente de deslindar, o el precio total de valoración de dicho inmueble, dejando la opción al Estado.

La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación, respectivamente interpuestos por demandante y demandado, relativos a demanda principal, y estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia, relativos a la demanda reconvenccional, revocándolos parcialmente en cuanto al procedimiento de determinación de la indemnización a abonar por el Estado, que deberá llevarse a cabo a través del procedimiento establecido en los artículos 928 y ss. LEC.

Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, basado, primero, en exceso de jurisdicción, por entender que la cuestión está reservada exclusivamente a los órganos del orden contencioso-administrativo; segundo, incluir pronunciamientos no solicitados como «indemnización parcial» y «deslinde de la zona marítimo-terrestre», y la infracción de la Constitución Española y Ley Orgánica del poder judicial, Ley de costas y Código civil., el TS declaró no haber lugar a la casación. (*R. D. R.*)

70. Ejecución hipotecaria separada posterior a la declaración del deudor hipotecario en situación de concurso voluntario de acreedores.—Existen dos procedimientos para hacer efectiva la hipoteca de forma que el acreedor hipotecario consiga la satisfacción de un interés en caso de impago del crédito garantizado: el judicial sumario y el extrajudicial sumario. En la sentencia objeto de estudio se ejercita el primer procedimiento que se encuentra detallado en los artículos 131 a 133 LH. En este procedimiento no existe prácticamente posibilidad de contradicción por el ejecutado. El artículo 132 LH señala taxativamente los casos en que puede suspenderse el procedimiento, y en su primer párrafo dispone que no se suspenderá «ni por declaración de quiebra o concurso ...». El TS entiende que este artículo no se refiere

en exclusiva a los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso, sino también a los que se inicien después del mismo. (FD 2.º).

El acreedor con hipoteca inmobiliaria goza de un derecho de separación absoluta, sin que este derecho signifique que se trate de excluir de la masa activa determinados bienes porque se considere que no pertenecen a ella, sino de que determinados acreedores puedan hacer efectivos sus créditos sobre bienes que en principio pertenecen a la masa, pero que pueden ser separados de ella para la satisfacción de sus créditos; ésta es la razón por la que se permite la ejecución separada únicamente cuando se actúa respecto de los bienes expresa y taxativamente hipotecados (FD 2.º).

«El sumario especial del artículo 131 de la LH, es un procedimiento abreviado, sencillo y económico de ejecución, que simplifica el ejecutivo ordinario, suprimiendo la fase declarativa y conservando la vía de apremio, para evitar todo lo que se oponga a que, de modo expedito, se haga efectiva la hipoteca inscrita, con todas las seguridades que esto proporciona. (S de 16 de octubre de 1961, que refleja la unánime doctrina.)» (Vid. STS de 11 de octubre de 1985).

«Queda excluido y, por tanto, no es acumulable a la quiebra, el juicio ejecutivo singular contra el quebrado, donde sólo se persigan los bienes hipotecados de éste (basándose en los arts. 1379, 1173.3 y 166 de la Ley de enjuiciamiento civil redacción anterior a la Ley 1/2000)». (Vid. FD 1.º de la STS de 4 de diciembre de 1997). (STS de 12 de diciembre de 2001; no ha lugar).

HECHOS.—El deudor hipotecario J. C. V. había sido declarado en concurso de acreedores. Posteriormente, la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* ejerció acción hipotecaria por el trámite del artículo 131 LH. Ante esta situación, el depositario-administrador del concurso presentó demanda solicitando la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH ya que sostenía que sólo cabía la posibilidad de ejecución separada con anterioridad a la declaración de concurso, pero no con posterioridad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

NOTA.—La sentencia anotada, referida al concurso de acreedores, mantiene la reiterada doctrina del TS que sostiene que no procede acumular a un proceso de quiebra los juicios ejecutivos en que sólo se persiguen bienes hipotecados (Vid. SSTs de 10 de marzo de 1986 y SSTs de 4 de diciembre de 1997, entre otras).

La STS de 13 de julio de 2001 resuelve un caso similar al de la sentencia anotada, la demanda de la parte recurrente se sustentaba igualmente en la tesis de que «una vez declarado el deudor en estado de concurso, pasando los bienes a la titularidad de los acreedores, no puede iniciarse ni seguirse válidamente el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH». Citando a un reconocido autor, la parte recurrente sostenía que la prohibición de suspensión contenida en el artículo 132 de la misma Ley se refiere al procedimiento de ejecución hipotecaria que se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso, pero no a la emprendida posteriormente, en cuyo caso la reclamación hipotecaria sería absorbida por el concurso, dentro del cual se produciría la realización del bien hipoteca-

do, si bien conservando el derecho real de hipoteca, su prelación para el cobro del crédito respectivo.

Sin embargo, el TS en esta sentencia matiza que «en la última edición del propio tratado, que citaba la parte recurrente, se acaba reconociendo que dicha tesis, efectivamente mantenida en su día, no se sigue hoy por ninguno de los especialistas en la materia, siendo prácticamente unánime en la doctrina científica el criterio de que, aun cuando se hubiera producido ya la declaración de concurso del deudor, el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria puede iniciarse con igual independencia o separación que el previo a la declaración de concurso» (FD 2.º). (M. C. L. J.)

71. Práctica de la prueba de condición de propietario que corresponde a los terceristas.—Es necesario demostrar que en el momento del embargo le asiste la cualidad de propietario como requisito ineludible para obtener la liberación de los bienes trabados (SSTS de 1 de abril de 1993, 26 de septiembre de 1991, y 11 de abril de 1988), y que se cumple el sistema de transmisión, establecido en nuestro Código, de título más modo en el documento privado de compraventa.

Artículo 1462 CC. Entrega de la cosa vendida.—El contrato privado que estipula la entrega de llaves para un momento posterior no equivale a entrega de la cosa vendida.

Anotación preventiva de embargo. Validez y eficacia.—El embargo existe jurídicamente desde el momento de su declaración judicial y sin necesidad de anotación en el Registro. No posee valor constitutivo, ni condiciona la existencia de la carga (SSTS de 4 de abril de 1980, 24 de noviembre de 1986, y 26 de julio de 1994). La omisión de la anotación preventiva de embargo no implica la imposibilidad de ejercitar el mismo mediante la realización forzosa sobre la finca en cuestión. Surte plenos efectos frente a la adquisición posterior a la traba.

Aplicación del artículo 34 LH respecto a la anotación preventiva de embargo.—Deviene imposible la aplicación del artículo 34 LH sobre los terceristas que inscriben su derecho y existe anotación preventiva de embargo, ya que no concurre en ellos la buena fe exigida en el precepto. (STS de 18 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso una demanda de tercería de dominio por doña M. L. C. y don M. P. L. contra don A. I. H. y *Sangolo, S. L.* interesando el alzamiento del embargo practicado a instancia del señor A. I. H. en el juicio ejecutivo que había iniciado contra *Sangolo S. L.* sobre determinada finca registral que se le atribuía a la sociedad ejecutada, alegando que había sido adquirida con anterioridad a la traba por los terceristas, mediante contrato privado de 4 de junio de 1990 con el señor V. C. (anterior al embargo de 26 de mayo de 1992) y con posterior escritura pública de fecha de 2 de junio de 1992 (cuando sobre el bien ya existía la carga). El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. Recurrída en casación, el TS declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—La presente sentencia continúa con la línea mostrada por el TS en cuanto que el acceso al Registro del embargo de inmuebles no tiene naturaleza constitutiva. El nacimiento del embargo se produce desde el momento de la decisión judicial adoptada, con independencia de la anotación. Por ello, la práctica del asiento registral no constituye un modo de adquirir título que justifique el dominio (SSTS de 31 de octubre de 1989, 18 de abril y 22 de septiembre de 2001). La STS de 18 de abril de 2001 establece que la omisión de la anotación no impediría la realización forzosa de la finca trabada, «la cual surtirá plenos efectos con relación al posterior dueño, cuya adquisición no sea cronológicamente anterior a la práctica de la diligencia». Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, ed. Tecnos) señala el efecto negativo de la anotación preventiva en la enervación de la fe pública registral, sin llegar a producir el efecto positivo. De ahí, que sea imposible la aplicación del artículo 34 LH a los terceristas en casos en los que exista anotación preventiva de embargo anterior a su inscripción. (P. S. S.)

72. Anotación preventiva de embargo. Rango preferente.—Cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados (SS de 30 de diciembre de 1993, 10 de mayo, 13 de junio y 25 de noviembre de 1994, 24 de febrero de 1995, 13 de julio de 1996, 19 de febrero, 19 de abril y 4 de diciembre de 2000, entre las más recientes, que recogen doctrina consolidada anterior).

Anotación preventiva de embargo. Prioridad registral y terceros hipotecarios.—El embargo asegura el buen fin de la ejecución en curso mediante la afección *erga omnes* del bien trabado al procedimiento en el que se decreta, la anotación preventiva garantiza el gravamen real sobre la finca registral otorgando rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados con posterioridad a la fecha del asiento de presentación, con lo que evita la operatividad del artículo 34 LH en favor de un tercer adquirente, y la subasta supone una oferta en «venta» (de la finca embargada) que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio (entre otras, SS de esta Sala de 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999). Como consecuencia, dicha adquisición debe prevalecer, en virtud del principio de prioridad, sobre la producida en un juicio sumario hipotecario seguido con base en una hipoteca de fecha posterior a la de la anotación preventiva. Por consiguiente, no puede prosperar la invocación de la condición de tercero hipotecario en estas circunstancias (arts. 69 y 71 LH, y SS, entre otras, de 25 de noviembre de 1994, 13 de julio de 1996 y 19 febrero 2000).

Escritura pública. Efectos de nulidad radical.—Una cosa es que la nulidad radical de un acto o negocio, salvo disposición legal en otro sentido, no sea sanable o subsanable, y otra distinta que no se pueda repetir con plena validez evitando los vicios que determinaron la nulidad del anterior. Obviamente, subsanar (evitar) las deficiencias de la escritura anterior, es diferente de subsanar la escritura pública anterior.

Doble venta: mejor derecho, venta forzosa judicial y tradición instrumental.—No puede invocar un mejor derecho en el caso de doble venta

(art. 1473 CC), el comprador posterior que conocía al tiempo del contrato la existencia de la venta anterior, porque falta la buena fe (entre otras, SS de 17 de diciembre de 1984, 21 y 2 de noviembre y 5 de diciembre de 1996 y 29 de julio de 1999).

La perfección en las «ventas» judiciales forzosas tiene lugar por la aprobación del remate, operando la escritura pública como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio (SS de 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999, entre otras).

El mejor derecho deriva, en estos casos, de la prioridad que dimana de la anotación preventiva de embargo (arts. 17, 69 y 71 LH), pues de conformidad con la doctrina jurisprudencial, los adquirentes del dominio de una finca quedan sometidos –afectados– a lo que resulte del apremio correspondiente a un embargo cuya anotación preventiva accedió al Registro de la Propiedad con anterioridad a la adquisición de dicho dominio, o a la carga cuya realización dio causa a esta adquisición. Por consiguiente, todas las prioridades que puedan alegarse, como adquisición del dominio por ser anterior a la fecha de la consumación de la enajenación forzosa, toma de posesión a título de dueño, y de inscripción registral, ceden ante la prevalente prioridad registral derivada de la repetida anotación preventiva.

La tradición instrumental representada por la escritura pública (art. 1462. II CC) tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca (SS, entre otras, de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 29 mayo y 9 de octubre de 1997 y 14 de diciembre de 1998), de tal manera que la retención de la posesión material por el primitivo poseedor no anula el efecto traditorio de la escritura pública (S de 22 diciembre de 2000), y sin que por lo demás quepa olvidar la existencia de la inscripción registral como refuerzo de la concurrencia de la *traditio ficta* (S de 18 de mayo de 1994). (STS de 4 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor, *OLL., S. A.*, ejercita acción declarativa de dominio contra D. R. G. L. y la entidad *M. G. C., S. A.*, solicitando la declaración de nulidad de la escritura de compraventa otorgada a favor de D. R. G. L. y de los asientos registrales derivados de dicha escritura, así como la declaración de propiedad a su favor de la finca objeto de la demanda. Invoca, como título, una adjudicación realizada mediante cesión de remate en juicio sumario hipotecario, celebrado en septiembre de 1987.

El demandado formuló reconvencción, reivindicando la propiedad de dicha finca y solicitando, en consecuencia, la declaración de su derecho de propiedad, la restitución de la posesión y la nulidad del título de adquisición de la entidad demandante. Alegó, como título, una adjudicación obtenida en procedimiento de apremio, en el que, previa anotación preventiva de embargo que accede al Registro de la Propiedad en mayo de 1986, se otorgó a su favor escritura pública, fechada en octubre de 1988, e inscrita en el Registro en octubre de 1991, produciéndose la cancelación de la inscripción registral existente a favor de la entidad actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó en parte la demanda reconvenccional del demandado, declarando el legítimo título del actor reconvenccional a la propiedad y posesión de

la finca de autos.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, desestimando la apelación.

El TS declaró no haber lugar a la casación. (R. D. R.)

DERECHO DE FAMILIA

73. Gananciales: bien privativo arrendado por la esposa después de casarse: mal estado de la instalación eléctrica: incendio en el piso arrendado con resultado de tres muertos. Irresponsabilidad del marido.—Es acto de administración ordinaria el arrendamiento de vivienda, propiedad privativa de la esposa, aunque las rentas son gananciales; asimismo los bienes comunes deberán pechar con las expensas o gastos que se deriven de tales bienes, en atención al principio de «comunidad en las cargas». Ahora bien, la causa del siniestro proviene de que la esposa arrendadora incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso, según el artículo 1544 CC, por lo cual no cabe repercutir en la sociedad de gananciales las consecuencias de aquel ilícito civil.

Obligaciones del arrendador: reparaciones necesarias.—La obligación del arrendador sólo surge cuando él mismo tiene conocimiento de la necesaria reparación, a tenor del artículo 1559, párrafo 2.º CC, por lo cual, incumplida esa obligación de notificar al arrendador la necesidad de la reparación, decae la responsabilidad del artículo 1554 núm. 2.º CC.

Responsabilidad por actos ilícitos del cónyuge actuante.—En sede de obligación extracontractual la sociedad responde cuando el cónyuge actuante se movió dentro de su contorno de administrador normal o en beneficio de la sociedad, a excepción de que hubiese incurrido en dolo o culpa grave (art. 1366 CC); en estos casos de culpabilidad manifiesta del cónyuge —dolo o culpa grave— que determinará la comisión por él de un acto ilícito penal —delito o falta—, o civil con esa culpabilidad —cuasidelito que no sea el determinante de la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 CC—, las consecuencias patrimoniales por esa conducta, o la responsabilidad civil derivada, serán de cargo exclusivo del cónyuge actuante. (STS de 14 de marzo de 2002; ha lugar.)

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia había dictado una condena, casi simbólica, por fallecimiento de un anciano inválido de sesenta y siete años y dos menores de seis y tres años que se encontraban en el interior de la vivienda arrendada, al producirse un incendio en el dormitorio, cuya combustión produjo gases altamente tóxicos. La vivienda tenía sus accesos completamente cerrados, e incluso la puerta de la terraza tenía un candado puesto por dentro. La póliza de suministro eléctrico era de 1979; según dictamen pericial, la instalación eléctrica tenía bastantes deficiencias, careciendo de protección contra cortocircuitos. La vivienda con una antigüedad de más de cincuenta años se hallaba alquilada desde 1989, por una renta mensual de 23.000 pesetas y el siniestro ocurre el 31 de agosto de 1992. La cédula de habitabilidad se había expedido pocos meses antes. La demanda se interpuso contra la arrendadora y su

esposa, la Junta de Castilla y León, Iberdrola y el Ayuntamiento de la ciudad, y se reclamaban ciento diez millones de pesetas de indemnización. El único tema que ha llegado a casación es el de la responsabilidad de los bienes gananciales por causa del siniestro, que se había declarado en ambas instancias, con absolución de los demás demandados. Pero al estimar el recurso de casación (Pte.: Martínez-Calcerrada y Gómez), se absuelve al marido en base a la doctrina extractada.

NOTA.—No resulta convincente la *ratio decidendi* del recurso. Cabe aceptar que el punto de partida haya que situarlo al contratar el arrendamiento por parte de la esposa, en cuyo momento la cosa arrendada carecía de los requisitos necesarios para ser utilizada la vivienda, al disponer ésta de una elemental instalación eléctrica. Nada se dice sobre la buena o mala fe de la arrendadora, aunque la instalación eléctrica es algo que está a la vista y cuyas deficiencias aquélla no puede desconocer. Comete un ilícito contractual, con evidente repercusión en la validez del contrato. Tal deficiencia, a lo largo de casi tres años de la vida del arrendamiento, no desaparece, y puede defenderse que se transforma en la ineludible obligación de realizar una reparación necesaria y urgente a cargo de la arrendadora, sin que ésta pueda exonerarse de su obligación, alegando falta de la denuncia del arrendatario. Como es razonable presumirlo, la arrendadora conocía el defecto de la instalación eléctrica, y parece contrario a la buena fe exonerarla por el mero hecho de no haber protestado el arrendatario.

En cuanto al artículo 1366 CC, hay un debate doctrinal sobre su interpretación, que la sentencia soslaya (puede consultarse el estado de la cuestión en Lacruz *et alii Elementos*, IV *Familia* [nueva ed. a cargo de Rams Albesa], Madrid 2002, p. 216 s.). (G. G. C.)

74. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad: principio de prueba: requisitos del artículo 127.2 CC.—El derogado artículo 127.2 CC, como dice la STS de 28 de abril de 1994, sólo establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas, filtro que no impide la admisión de las demandas en que exista un principio de prueba. Pero la insólita demanda aquí presentada sólo señala que el actor ha estado residiendo hasta hace cuatro años en la localidad de H. del D., ejerciendo la profesión de taxista y que, no obstante, su situación de casado, en 1990 mantuvo relaciones sentimentales y físicas con una joven de la localidad, la cual quedó en estado, dando a luz una niña el 16 de diciembre de 1991, y le llegaron rumores de que la demandada comentaba que la hija podía ser del demandante, sin que se precisara una imputación concreta. Pero si ha existido una relación sentimental y física, para cumplir los requisitos del artículo 127 CC ha debido señalar y precisar circunstancias de tiempo y lugar y aducir los oportunos corroborantes probatorios para acreditar la verosimilitud de lo reclamado; nada de ello se ha cumplido por el recurrente, que con la remisión continua a las pruebas biológicas futuras cree satisfecha la exigencia legal, con el lamentable olvido de que, al haberse negado la madre a que la niña sea sometida a pruebas biológicas, la demanda está abocada a su total fracaso, al no poder deducirse su presunta paternidad por faltar otras pruebas complementarias.

Limitaciones a la libre investigación de la paternidad.—Si bien la Ley permite la investigación de la paternidad, no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resultaría perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo; igualmente, la STS de 28 de mayo de 1997 afirma que la normativa sobre filiación presenta como contrapunto la preservación de la paz familiar, y de ahí derivan las limitaciones que la ley establece en orden a la legitimación activa en estos procesos, los plazos de caducidad para el ejercicio de las diversas acciones, y la exigencia del artículo 127.2 CC, a lo cual debe añadirse la protección del interés del menor.

Legitimación activa habiendo posesión de estado.—El presunto padre sólo puede ejercitar la reclamación de la filiación no matrimonial cuando goce de la posesión constante de estado, como se deduce del artículo 133 CC. que sólo atribuye la legitimación al hijo; y aunque no se desconoce la doctrina jurisprudencial que la ha extendido también al padre o a la madre (SSTS de 19 de enero y 23 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1994 y 24 de junio de 1996, etc.), tal extensión no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que pueden dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor. En este caso no sólo se ha producido una absoluta carencia de toda posesión de estado en el actor, sino la propia insuficiencia de la demanda para sustentar una pretensión de declaración de paternidad.

Tutela judicial efectiva: indefensión.—En el brevísimo desarrollo del motivo se dice que cuando en un supuesto como éste, totalmente inusual, se acude a los tribunales para despejar las dudas sobre la paternidad con respecto a una menor, planteando dos acciones alternativas, lo menos que puede hacer un Juzgado es dictar un pronunciamiento con respecto a las peticiones de la demanda, y no sobreseer el procedimiento, con base en motivos, a nuestro juicio erróneos. Si a ello se añade que no existe una motivación económica en el planteamiento de la demanda, y el hecho —en efecto, inusual— de que sea el padre el que ejercite estas acciones, está claro que el Juzgado y posteriormente la Audiencia no han otorgado al demandante la tutela judicial efectiva, que propugnaba con su declaración. Este motivo del recurso tiene que parecer porque el derecho a la tutela judicial es un derecho de protección que sólo puede ejercerse por los cauces que el propio legislador establece; o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal, lo que implica que las partes que intervienen en un proceso no pueden desentenderse de su ordenación legal, estando obligadas a cumplir con diligencia los deberes procesales que pesan sobre ellas. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que la exigencia del artículo 127 CC es constitucional, y el recurrente se obstinó en su contumaz interpretación del referido precepto, totalmente de espaldas a la interpretación de esta Sala y desatendió las reiteradas admoniciones de rectificar el defecto de su demanda, sin más que *presentar un principio de prueba de los hechos en que se funda*, de modo que el Juez agotó hasta la saciedad las posibilidades legales dando oportunidad al recurrente, que éste no aprovechó en absoluto. (STS de 1 de febrero de 2002; no ha lugar.)

NOTA.—La desusada extensión de los Fundamento de Derecho de esta sentencia desestimatoria del recurso de casación podría resu-

mirse así: *El ciudadano no puede instrumentalizar a los Tribunales de Justicia en capricho propio*. Sin más apoyo que invocar un rumor no corroborado por ningún medio de prueba, el actor solicita la práctica de las pruebas biológicas para comprobar si determinada menor es hija suya, y, en caso contrario, que se declare que no lo es. Tanto la madre demandada como el Ministerio fiscal se oponen a la demanda, denunciando el incumplimiento del entonces vigente artículo 127.2 CC; citadas las partes a una comparecencia, en la que se invita al actor a cumplimentar dicho precepto, al no hacerlo se dicta Auto acordando el sobreseimiento del procedimiento, que se confirmó en trámite de apelación, y se ratifica en sentencia extractada de la que ha sido Ponente Martínez-Pereda Martínez. Doctrina plenamente de aprobar si se recuerda que, al promulgarse la Ley de 13 de mayo de 1981, ya se rebajó la exigencia del requisito existente en legislaciones de países próximos al nuestro que requieren *principio de prueba por escrito*. Tiene plena razón el TS al decir que la constante remisión del recurrente a las pruebas biológicas es genérica, y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre de la menor en el tiempo de su concepción, y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio. Es insuficiente la pretensión del demandante de obtener certeza biológica de su paternidad para asumir sus obligaciones, o tranquilizar su conciencia, aunque se aleguen rumores que, de suyo, desaparecen con el tiempo.

Sobre el artículo 127 CC la STS de 18 de mayo de 2000 (extractada en *ADC*, 2000, p. 1822 ss.) ha dicho que se trata de ofrecer una mínima verosimilitud de los hechos alegados en la demanda, de modo que el órgano judicial tenga la impresión de que razonablemente han existido. En el caso aquí considerado no se había alcanzado siquiera ese umbral de verosimilitud.

Una observación adicional: el Ponente demuestra ser consciente de la peligrosidad —para la materia aquí tratada—, que encierra la reciente doctrina jurisprudencial de la Sala 1.ª (Cfr. García Cantero, «Legitimación activa para reclamar la filiación no matrimonial, sin posesión de estado», en *RJN*, núm. 36, octubre-diciembre 2000, p. 313 ss) y hace una declaración *obiter* que no recoge plenamente el alcance de la referida criticada orientación jurisprudencial. (G. G. C.)

75. Acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial. El artículo 127.2 CC.—La investigación de la paternidad es un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, con carácter y valor constitucional (art. 39 CE). Su finalidad no es otra que la adecuación de la realidad jurídica de un sujeto, en concreto en cuanto a las relaciones paterno-filiales se refiere, a la realidad biológica o material de su concepción. Para alcanzar tal objetivo se posibilita la práctica de todas aquellas pruebas acreditativas de la filiación (art. 135 CC), tanto directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas; y las indirectas o presuntivas, tales como la posesión de estado o la convivencia marital al tiempo de la concepción, así como cualesquiera otras: testificales, fotografías, correspondencia, etc. En cualquier caso, y para evitar que se interpongan demandas frívolas o torticeras, el artículo 127.2 establece «... un requisito de procedibilidad ...» (FD 1.º), esto es, la

necesidad de presentación de un principio de prueba de los hechos en que se funde, sin que por ello haya de entenderse que se incumple con el mandato constitucional del artículo 39 (SSTS 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de abril y 28 de mayo de 1994, 3 de septiembre de 1996, 30 de octubre de 1998, 26 de junio de 1999 y 18 de mayo de 2000), ni lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, bastando «... con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado» (FD 1.º).

La valoración en conjunto de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad con otras pruebas.—Conforme a la doctrina reiterada tanto del TS como del TC, la negativa del demandado a someterse a la práctica de una prueba hematológica, no puede entenderse *per se* suficiente para declarar la relación de filiación (STC 7/1994, de 17 de enero; SSTS de 18 de mayo y 20 de diciembre de 1994, 23 de diciembre de 1996, 23 de junio, 21 de julio y 19 de noviembre de 1997, 28 de febrero, 13 marzo y 22 de junio de 1998). Es un indicio valorable que, acompañado de otros medios, puede ser nexo de la presunción (SSTS de 13 de diciembre de 1994 y 26 de julio de 1996), pero que, por sí solo, carece de carácter de prueba tasada. La concurrencia de otras pruebas tales como la testifical, que acreditase el posible acceso carnal de la demandante con el demandado al tiempo de la concepción, la visita del demandado al pueblo donde residía la demandante con su hijo, denota «... un interés inusual en quien carece de vinculación con el nacido...». Dicho principio de prueba fácilmente hubiera podido destruirse con la práctica de la correspondiente prueba hematológica a cuya práctica se negó, en dos ocasiones, el demandado. De este modo, la negativa del demandado aunque carece de carácter de *ficta confessio*, sí revela un indicio, de carácter intenso, «... que se integra en una prueba preeminente cuando acontezcan otros hechos demostrados que permitan alcanzar una decisión estimatoria de la filiación reclamada» (FJ 3.º, STS de 26 de julio de 2001). Valoradas todas las pruebas en conjunto, incluida la testifical, el juzgador puede mantener la razonable posibilidad del acceso carnal, y, por tanto, determinar la filiación del demandado con respecto al hijo de la demandante. (STS de 28 de diciembre de 2001; no ha lugar).

HECHOS.—Doña. M.^a J. R. M. demandó por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía a don P. F. A. Ll, solicitando que se declarase la filiación no matrimonial del demandado con respecto al hijo de la demandante, A. R. M., así como el establecimiento de una pensión alimenticia a favor del menor. Propuesta por la parte demandante la práctica de la correspondiente prueba hematológica, el demandado rehusó sin justificación alguna a la práctica de la prueba. Por medio de prueba testifical, quedó probado no sólo la posible cohabitación de ambas partes, demandante y demandado, al tiempo de la concepción «en soledad una noche», sino también la visita del demandado al pueblo donde vivía doña M.^a J. R. M. para conocer al bebé. Estimada íntegramente la demanda, fue recurrida la sentencia ante la Audiencia Provincial de Bilbao. Nuevamente consta la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica. Desestimado el recurso, la representación legal don P. F. A. Ll., interpuso recurso de casación ante la Sala civil del TS, formulando un único motivo en el que denuncia la infracción de

los artículos 127.2, 135 y 1214, todos ellos del CC, artículo 18 CE, así como la jurisprudencia tanto del TS como del TC al respecto.

NOTA.—En la sentencia que anotamos, el TS, con reiteración de la doctrina mantenida en los últimos años sobre la negativa de un demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad, vuelve a pronunciarse sobre el valor de dicha negativa como indicio razonable, el cual se conjuga con otros hechos probados tales como la visita del demandado al lugar de residencia de la demandante para conocer al niño, la prueba de testigos conforme a la cual tuvieron lugar relaciones sexuales entre ambas partes al tiempo de la concepción del niño. Como en otras ocasiones el TS tiene en cuenta, no sólo la concurrencia ocasional de alguna otra prueba, sino que entiende que la pluralidad de datos que quedan acreditados mediante la prueba testifical denotan un interés inusual del demandado con respecto al menor. Además si tenemos en cuenta que estaba en manos del demandado la posibilidad de invalidar automáticamente dichas pruebas mediante la práctica de la prueba hematológica correspondiente, su negativa, además de perjudicarlo, supone un incumplimiento del deber genérico de prestar la debida colaboración a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, conforme al artículo 118 CE. (R. D. O.)

76. Acciones de filiación. Legitimación activa. Ejercicio de la acción de impugnación por el propio padre matrimonial. Representación legal.—La filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto a sus progenitores. Sobre la misma se funda una estricta relación paterno-filial (*status filii*) y, además, una relación más amplia de carácter parental o familiar (*status familiae*). Por la importancia y alcance de la filiación, el artículo 39 CE lo consagra como un valor superior y prevalente, facilitando la investigación de la paternidad para lograr la adecuación de la realidad jurídica del hijo a la realidad biológica de su concepción.

El artículo 129 CC, atendiendo al principio *favor filii*, determina la legitimación activa en el ejercicio de las acciones de filiación, reconociendo el derecho de los hijos al establecimiento de su filiación como bien digno de tutela. Para el ejercicio de la acción por el representante legal es necesario que la representación legal esté constituida, y que en el supuesto de ejercicio de la acción de reclamación se permita también la impugnación de la acción contradictoria (art. 134 CC). Sin embargo, en el ejercicio por parte del padre, como representante legal del menor, de la acción de impugnación de su propia filiación y de reclamación de la misma con respecto a otro sujeto, el actor, al asumir esa representación «... sostiene un interés opuesto al del hijo ...», debiendo haber sido, conforme al artículo 163.2 CC, su madre la que hubiera actuado como demandante (FJ 2.º).

Ejercicio de la acción mixta de impugnación de filiación matrimonial y de reclamación de filiación paterna no matrimonial. Régimen procesal.—Conforme al artículo 134 CC, el ejercicio de una acción de reclamación de filiación no matrimonial por el hijo o su progenitor permite, en todo caso, la impugnación de la filiación contradictoria. Los artículos 136 y ss CC permiten al marido el ejercicio de la acción de la impugnación de la filiación matrimonial determinada conforme a la presunción legal *pater is est quem*

nuptias demonstrat del artículo 116 CC. (STS de 31 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—Don J. M. M. demandó a doña M.^a P. A. D., y a don M. A. D. sobre impugnación de filiación paterna matrimonial y reconocimiento de filiación paterna no matrimonial con respecto al menor M. M. A., solicitando la anulación registral de la filiación matrimonial. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, pero sólo en materia de costas. La representación legal de la parte demandante interpuso recurso de casación, fundado, entre otros, en la infracción de los artículos 133 CC con relación a los artículos 134 y 129 del mismo Código, en cuanto a la legitimación del actor, como representante legal del actor, para reclamar la filiación paterna no matrimonial del menor, con previa impugnación de la suya propia. Asimismo, se entienden vulnerados los artículos 136 y 138 CC, con respecto a los artículos 14, 24.1 y 39 CE.

NOTA.—Conforme a la reiterada jurisprudencia del TS al respecto (SSTS de 3 de junio de 1988, RJ 1988/4736, 23 de febrero de 1990, RJ 1990/2755, 5 de junio de 1997, RJ 1997/4605 y 14 de abril de 1998, RJ 1998/2322, entre otras), cuando se ejerciten ambas acciones, acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, con impugnación de la contradictoria, el régimen que ha de seguir es el de la primera de ellas. Por dicho motivo, y conforme a los datos fácticos suministrados en la sentencia que anotamos, al ser un supuesto de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, la legitimación activa correspondería al hijo «... durante toda su vida ...» (art. 133 CC). Así pues, y en virtud del antiguo artículo 129 CC, actual artículo 765.1 LEC, en principio, la legitimación activa correspondería a sus representantes legales. Sin embargo, puesto que el interés que guía la contienda es el descubrimiento de la verdad biológica, es evidente el conflicto de intereses de ambos progenitores con respecto al hijo: del padre, porque, como actor actúa como representante legal de su hijo solicitando la impugnación de su propia filiación; y de la madre, porque aunque la sentencia establece que, conforme al artículo 163.2 CC sería la que en el litigio debería haber actuado como demandada, entendemos que su actitud obstruccionista a la práctica de las pruebas biológicas, revela que su actuación no está precisamente guiada por la defensa del interés del hijo, cual es, en el presente caso, el descubrimiento de la verdad biológica o material y la adecuación de la situación jurídica del hijo a la misma. Así pues, planteada incorrectamente la relación jurídico-procesal, lo correcto en el presente caso hubiera sido declarar la nulidad de las actuaciones, con reposición de las mismas al momento de interposición de la demanda y el nombramiento conforme al artículo 299.1 CC de un defensor judicial del menor, que lo representara durante todo el litigio (en el mismo sentido la STS de 5 de junio de 1997, RJ 1997/4605). (R. D. O.)

77. Situación de desamparo: configuración restrictiva y concreción.—El TC ha declarado que «para apreciar y valorar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la institución familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 39.1 CE por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores, en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiares, de tal manera que sólo se estime la existencia de desamparo cuando se acredite, efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor, exigidos por la conciencia moral más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas» (SSTC 143/1990 y 298/1993).

Se consideran por los tribunales determinantes de desamparo situaciones en las que los niños carecían de cuidados tantos materiales como afectivos, siendo indicios de esa falta de atención la escasa higiene de los niños o del hogar, la falta de asistencia regular al colegio, la mendicidad, el dejar solos a los niños en la vivienda, la falta de visitas de los padres cuando los niños no vivían con ellos y la existencia de malos tratos.

Declaración de desamparo y protección de los derechos de los padres.—A este respecto señala la STC de 16 de junio de 1997 que «no resulta ocioso recordar que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos, en situaciones percibidas como de desamparo de menores, pueda producir la indefensión de alguna de las personas concernidas, son riesgos previstos por el legislador. En la Ley del menor, aprobada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se han reforzado algunas de las garantías que protegen a los afectados por las resoluciones públicas en esta materia. Dadas las consecuencias decisivas que acarrea la declaración de que un menor se encuentra desamparado, es especialmente significativo que ahora la entidad pública está legalmente obligada no solamente a notificar la resolución correspondiente a los padres del menor, en un plazo de cuarenta y ocho horas; también debe informarles de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada».

La tutela del Estado a través de la institución pública correspondiente.—Sobre la naturaleza autonómica, que indudablemente plantea problemas en cuanto a su asimilación o no de la tutela ordinaria, la RDGRN de 22 de junio de 1996, ha declarado tajantemente «la situación que se produce cuando una entidad pública asume las funciones de tutela respecto de un menor viene impuesta o predeterminada por una circunstancia de puro hecho, a la que la Administración tiene que hacer frente por virtud de las obligaciones que le impone la Constitución en cuanto a asegurar la protección social y económica de los menores. Tal situación de hecho, que exige por parte de los poderes públicos la previa apreciación de que tal desamparo ha tenido lugar, no puede ser asimilada a la tutela propiamente dicha. En efecto, esta situación de protección del menor desamparado es radicalmente distinta a la que surge como consecuencia de un acto expreso de constitución, como es la resolución judi-

cial que habrá de inscribirse en el Registro Civil, por afectar al estado civil de las personas».

Cese de la situación de desamparo: requisitos.—Cuando se trata de declarar el cese de la situación de desamparo, y, por lo tanto, de poner fin a la separación de los hijos respecto a los padres, los tribunales consideran «que para decidir la reintegración familiar deberán darse las condiciones objetivas que la justifiquen y permitan pensar con el suficiente grado de convicción que han cesado los elementos de incidencia nociva sobre el menor que determina la situación de desamparo» (Auto Audiencia Provincial de Navarra, 2 de marzo de 1993), centrándose a menudo la resolución en el análisis de si se ha modificado la situación familiar originaria de tal manera que se pueda considerar que el niño será correctamente atendido por su familia natural y sobre todo si esa modificación tiene perspectivas de mantenerse en el futuro. (STS de 31 de diciembre de 2001; no ha lugar.)

HECHOS.—En agosto de 1991 fue constituida la tutela de los menores R.—D.—E. por la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto a carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, dado los trastornos padecidos por la madre de los mismos quien en comparecencia ante la citada Comisión manifestó su conformidad de que la Comunidad Autónoma de Madrid asumiera el cuidado de los menores por carecer de medios económicos y por existir sospecha de drogadicción de los mismos.

Ante la mejora de la situación física y económica de la madre de los menores, ésta solicita la impugnación de la tutela, solicitud que fue denegada por los tribunales de instancia y apelación. Recurrida la resolución en casación, el TS desestimó el recurso.

NOTA.—La concurrencia o no de una situación de desamparo no sólo se analiza respecto del momento inicial en que la entidad de protección del menor interviene declarando el desamparo, sino que puede también ser analizada en otros momentos posteriores, por ejemplo, cuando los padres piden el cese de la situación de desamparo. (M. F. N. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

78. El artículo 1295.II CC, referido a la rescisión de los contratos, puede no aplicarse en casos especiales.—Según la S de 25 de octubre de 1911, el precepto citado constituye un principio general que no puede tener aplicación en los casos especiales, como no la tendría en los supuestos en que medie condición resolutoria, S de 3 de julio de 1915, tanto más que el primer comprador no tiene la calidad de tercero, S de 25 de enero de 1913, y puesto que el artículo 790 CC permite condicionar la disposición testamentaria y que su artículo 791 lleva, en tal supuesto, al régimen de los contratos para lo no previsto en la sección de la que el precepto forma parte, se ha venido estableciendo que los efectos de la condición resolutoria cumplida se retrotraen al momento del fallecimiento del testador cuando se trata de transmisión por causa de muerte —S de 8 de julio de 1924— como resultado propio de la mecánica de la condición de esta clase.

Resolución de los derechos hereditarios por cumplimiento de la condición impuesta por el testador.—Condicionados en su perduración, pues, los derechos hereditarios testamentarios de los Padres Dominicos de la ciudad de Requena a que no se produzca su disolución en la localidad y producida ésta, por clausura de su Casa, en 1969, según recoge la sentencia recurrida, ha quedado resuelto su derecho hereditario con la consecuencia de producirse el subsiguiente llamamiento establecido para el supuesto por el testador y, por lo mismo, la venta de bienes realizada en su pleno dominio que, caso de seguir ostentando la cualidad testamentaria atribuida, no podrían adquirir hasta 1990 por muerte de la usufructuaria del caudal —cuando aquella cualidad de herederos ya no les correspondía—, ha de quedar sometida al régimen imperativo de los bienes impuesto por voluntad del testador.

Al faltar el requisito de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, el adquirente no es tercero hipotecario.—Rechazando, además, la cita que se hace intentando obtener la protección registral del comprador sin que le corresponda al carecer de la calidad de tercero hipotecario por falta, cuando menor, de la inscripción de su adquisición que le exige, con buena fe, el artículo 34 LH y aquí no ha llegado a practicarse. (STS de 23 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—El testador instituyó heredero en la nuda propiedad de sus bienes a los Padres Dominicos de la Ciudad de Requena, disponiendo de un usufructo universal en favor de su esposa. El testador añadió una condición resolutoria, consistente en que, si se disolviera la Comunidad de los Padres Dominicos de Requena, fueran herederas en la nuda propiedad sus sobrinas políticas o los descendientes de éstas en su representación. En el año 1969, los padres dominicos clausuraron la casa de Requena, que en el año 1994 vendieron al demandado las fincas recibidas en la herencia. Una de las herederas solicitó, entre otros pronunciamientos, que se declarase la ineficacia de las ventas efectuadas, puesto que los Padres Dominicos dejaron de ser propietarios de las fincas en el año 1969, al cumplirse la condición resolutoria testamentaria. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación, estimando la demanda. Recurrida la sentencia ante el TS, se desestimó el recurso de casación. (L. F. R. S.)

79. El fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* faculta al fiduciario para disponer *mortis causa* sobre todos fideicomitidos.—Se está en presencia de la modalidad de residuo acorde con *si aliquid supererit*, esto es, con el efecto transmisivo de «si algo queda», en clara contraposición con la otra especie inserta en la fórmula, igualmente de residuo, *de eo quod supererit* o transmisión sucesiva a favor de los afines a su cualidad de fideicomisarios sobre «de aquello que debe quedar». El mandato, pues, de aquel testamento, en el que el fiduciante actúa como árbitro del devenir sucesorio de sus bienes, determina el posibilismo transmisivo del fiduciario, y que, en el caso de autos, gozaba de un amplio poder dispositivo, no sólo por acto *inter vivos* sino *mortis causa*, y, como tal, luego otorga su testamento en 28 de diciembre de 1994, instituyendo herederas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a

favor de sus hermanas, disposición, pues, que está amparada en aquella autorización amplísima que como afirma la jurisprudencia, mientras que la atinente a actos *inter vivos* sí lo es a título gratuito –se tiene también que admitir aunque con reservas– cuando lo es *mortis causa* debe constar de forma expresa como manifiesta en su deseo último el fiduciante –SS de 2 de diciembre de 1966 y 21 de noviembre de 1956, entre otras–.

A la hora de disponer *mortis causa*, el fiduciario no tiene que distinguir entre sus bienes privativos y los bienes fideicomitidos.–Sin que se comparta, como aspiran los motivos, a que, en ese relicto haya de distinguirse entre los bienes privativos y los del residuo, porque sobre ambos tenía facultades plenas el *de cuius*, los primeros, por propiedad exclusiva, y los segundos por deferimiento de su esposa y, por no haber dispuesto en vida y poder hacerlo *mortis causa* (supuesto, como se debe, amparado en el art. 783 *in fine*). (STS de 6 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.–La testadora instituyó heredero universal a su esposo en pleno dominio, con facultad de libre disposición, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*; añadiendo que, a la muerte de su esposo, los bienes de que éste no hubiera dispuesto, recaerán por partes iguales en los cuatro hermanos de la testadora. Después de fallecer la esposa, el viudo otorgó testamento, instituyendo herederas a sus dos hermanas en la totalidad de sus bienes, derechos y acciones, cualquiera que sea la naturaleza y procedencia. Después de fallecer el viudo, las hermanas de la fallecida reclamaron a las hermanas del viudo, al considerar que éste no pudo disponer en su testamento de los bienes objeto del fideicomiso de residuo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, decisión que confirmó la Audiencia Provincial y el TS. (L. F. R. S.)

80. Construcción en suelo ajeno y aplicación del principio *superficie solo cedit*.–D. A. N. no se extralimitó, sino que construyó en suelo ajeno, de la madre de su esposa y se aplica el principio *superficie solo cedit* que consagra el artículo 358 del CC: lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes; uno de cuyos artículos siguientes es el 361 CC que contempla la construcción en suelo ajeno con materiales propios, de buena fe y concede al propietario del suelo una opción.

Pacto que carece de eficacia transmisiva de la propiedad.–Reconoce dicha sentencia que hubo algún pacto, pero que carece de eficacia transmisiva de la propiedad, al no reflejarse documentalmente, no dar lugar a su inscripción en el Registro de la Propiedad y no provocar la modificación del testamento. Es decir, no fue un acto dispositivo, del que no alega su naturaleza: si fue donación, no se cumplió el elemento de forma que exige el artículo 633 del CC; si fue a título oneroso, no aparece ni se vislumbra la reciprocidad de prestaciones. Fue, tal como se desprende de la relación fáctica de la sentencia, que se recoge en este motivo del recurso, una expresión a la que no quisieron dar efectos jurídicos o, en otras palabras, un acuerdo que las partes no elevaron a acto dispositivo con trascendencia jurídica.

Eficacia de la constitución de hipotecas sobre los bienes fideicomitidos en caso de fideicomiso de residuo *sine liberis decesserit*.—La consecuencia que pretende la parte recurrente es la declaración de nulidad (*rectius*, ineficacia) de los negocios jurídicos de las hipotecas, en la parte que alcanza a bienes fideicomitidos. El fideicomiso de autos es de residuo y *sine liberis decesserit*, por lo cual pende de la condición de que la fiduciaria fallezca, y fallezca sin hijos; mientras no ocurra esta doble situación, con naturaleza de condición, es la titular de los bienes y, como tal, puede disponer de los mismos. Otra cosa sería que, una vez purificado el fideicomiso, la fideicomisaria y, como tal adquirente ejercitara —si procede— acción para reclamar la adquisición del patrimonio fideicomitado libre de cargas posteriores al momento del fideicomiso. (STS de 12 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Las demandantes solicitaban, entre otros pronunciamientos, que se declarase la nulidad de la aceptación de una herencia, por incluirse en ella bienes que no pertenecían a la causante, sino al marido de una de las herederas, que construyó una nave en la finca de la causante. También solicitaban que se declarase la nulidad de dos hipotecas constituidas sobre bienes afectados por un fideicomiso de residuo *sine liberis decesserit*. El Juez de Primera instancia, la Audiencia Provincial y TS desestimaron sustancialmente la demanda. (L. F. R. S.)

DERECHO MERCANTIL

81. Concepto actual de orden público.—Esta Sala tiene declarado, respecto al orden público, que está constituido por los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en el pueblo y en época determinada (SSTS de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), y de otra, una notable concepción de la doctrina científica aprecia como tal los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas; asimismo, una moderna posición de la ciencia jurídica señala que el orden público constituye la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera, y que, básicamente, hoy han de tenerse en cuenta, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales.—El concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales pertenece al de los denominados indeterminados, y, que, en general, se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, los accionistas minoritarios e, incluso, los terceros, pero siempre con la finalidad de privarles de la tutela judicial efectiva, que proclama el artículo 24.1 CE (STS de 18 de mayo de 2000).

Caducidad de la acción de impugnación de acuerdos sociales por transcurso del plazo de un año desde la celebración de las Juntas generales de accionistas.—De las actuaciones cuestionadas en el motivo y concretadas en el párrafo primero de este fundamento de derecho, las determinadas en

los apartados *a)*, *b)* y *c)* hacen mención a la contabilidad de la compañía; la del *d)* a una disfunción interna; y la del *e)* plantea una cuestión nueva, no susceptible de conocimiento en casación; y no cabe calificarlas por sí mismas, de conformidad con lo hasta ahora explicado, como atentatorias al orden público, por lo que los acuerdos adoptados por las Juntas generales de *FETE, S. A.*, excepto la del año 1994, si aquellos litigantes entendían que les eran perjudiciales, debieron hacerse valer en el plazo dispuesto en el artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y, como se ha sobrepasado el tiempo de un año marcado en este precepto, la acción ejercitada no puede ser acogida.

La ausencia del Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados.—La ausencia del Notario no tiene efectos invalidantes sobre los acuerdos adoptados, pues el acta de la Junta no es elemento constitutivo del acuerdo, sino medio de prueba del mismo, de aquí que tenga un carácter *ad probationem* y no *ab solemnitate*, sin perjuicio de que al acceder los acuerdos al Registro Mercantil hayan de instrumentarse en documento público, bien con la legalización del acta de la Junta o la concurrencia del Notario a ésta, de forma que el incumplimiento de los administradores no tiñe de antijuricidad el acuerdo, sino a su documentación, al afectar, no al mismo, sino al acta de la Junta que lo contiene y sí puede tener incidencia en su prueba, pero no cabe impugnar, como contrario a la Ley (art. 115), un acuerdo sólo porque los administradores hayan quebrantado lo dispuesto en el artículo 114, toda vez, que no puede anudarse a la falta de presencia del Notario la nulidad del acuerdo o acuerdos adoptados en la referida Junta, dejando a salvo la responsabilidad que, en su caso, pudiera ser atribuida a los administradores, máxime cuando no se peticionó ni obtuvo anotación preventiva de su petición en los términos establecidos en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil.

Eficacia de los acuerdos que constan en acta ordinaria, aunque un grupo de accionistas pidiera que se reflejaran en acta notarial.—Si los accionistas requieren a los administradores, y éstos no obedecen y no requieren al Notario, o si, tras el requerimiento a éste, los administradores no consiguen, pese a la realización de las gestiones correspondientes, que acuda a la Junta, y se levanta acta ordinaria, no notarial, el efecto es que los acuerdos podrán sufrir un retraso por cierre del Registro Mercantil (art. 104 del Reglamento del Registro Mercantil) y, ni que decir tiene, cabe que sean impugnados, pero cuando transcurre el plazo de cierre registral y los acuerdos no se impugnan, llegarán a ser eficaces, ejecutivos e inscribibles sin acta notarial. (STS de 5 de febrero de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Dos accionistas demandaron a una sociedad anónima, solicitando que se declarase nula la celebración de una Junta general, e igualmente se declaren nulos o, subsidiariamente, anulables, los acuerdos tomados en la misma, ordenándose al Registro Mercantil la cancelación de la inscripción de los acuerdos de dicha Junta, así como la de los asientos posteriores que fueran contradictorios con los pronunciamientos de la sentencia. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, decisión que confirmaron la Audiencia Provincial y el TS, por haber transcurrido el plazo de un año para impugnar los acuerdos y no haber vulnerado estos el orden público. (L. F. .R. S.)

82. Nulidad de hipoteca: Ley 2/1981; de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario.—El artículo 10 de la Ley 2/1981, reguladora del mercado hipotecario, exceptúa el principio rigorista del artículo 878.II CCO, que supone la nulidad de todos los actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retraigan los efectos de la quiebra. Dicho artículo 10 sólo podrá aplicarse cuando la hipoteca figure inscrita a favor de alguna de las entidades especificadas en el artículo 2 (entre las que se encuentran los Bancos privados, comerciales e industriales) y siempre que los préstamos garantizados con ella se destinen a alguno de los fines que se contemplan en el artículo 4. De no cumplirse ambos requisitos, regirá la norma general del artículo 878.II CCO.

Finalidad de las operaciones de préstamo: interpretación del artículo 4 de la Ley 2/1981.—Dado el carácter excepcional de la Ley reguladora del mercado hipotecario, ésta debe ser interpretada restrictivamente en relación con el artículo 878 CCO (STS de 23 de enero de 1997). Considera el TS que la finalidad contenida en el artículo 4 de la citada ley bajo la expresión «cualquier otra obra o actividad» que se pretenda financiar con los préstamos, se refiere sólo a las destinadas a favorecer o facilitar la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas o de edificios agrícolas comerciales o industriales. Una interpretación más amplia (por ejemplo, entender incluidas en el precepto las obras que se destinen al cumplimiento del fin de una sociedad anónima) iría en contra del tenor literal del artículo y del fin que la propia Ley 2/1981 persigue, que no es otro que el incremento de la construcción inmobiliaria. (STS de 11 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de la mercantil *Meseta, S. A.* demanda a la sociedad *Banco de Castilla, S. A.* en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre nulidad de hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda presentada y declara la nulidad absoluta de las tres hipotecas constituidas a favor de *Banco de Castilla, S. A.* y de sus respectivos asientos de inscripción. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso de casación, imponiendo las costas al recurrente.

NOTA.—En relación con la aplicación de la citada Ley 2/1981 deberán de tenerse en cuenta el Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan algunos preceptos de la citada Ley (entre otros los arts. 2, 4 y 10); y los Reales Decretos 1623/1985, de 28 de agosto, 1289/1991, de 2 de agosto, y 629/1996, de 26 de abril, por los que se modifican o derogan algunos preceptos del primer Real Decreto citado.

Hay que destacar igualmente, dentro de esta materia, la tramitación por parte del Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley concursal y del Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, calificados por el mismo el 18 de julio de 2002. El plazo para presentar enmiendas a dichos proyectos ha finalizado en noviembre del pasado año, y actualmente nos encontramos en la fase de presentación de informes, esperando que en breve se remitan ambos proyectos al Senado. Ambas normativas, cuya aprobación definitiva

se prevé en los meses de junio o julio, modificarán la actual regulación de la quiebra y la suspensión de pagos. (S. E. M.)

DERECHO PROCESAL

83. Error judicial.—La construcción del error judicial es netamente jurisprudencial y la doctrina declarada por el TS al respecto (ya consolidada en las SSTs de 26 de diciembre de 1995, 1 de marzo de 1996, 13 de enero, 22 de julio de 1998, 24 de febrero de 2000 y 5 de octubre de 2001, entre otras muchas) cabe resumirla en los siguientes términos (FD 1.º):

1.º Incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley. Se trata de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas o irracionales, generadoras de una resolución esperpéntica o absurda, que rompa la armonía del orden jurídico.

2.º No puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso.

3.º Se reserva a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del derecho.

No comprende:

1.º El supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas.

2.º No puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico, dentro de las normas de hermenéutica jurídica, sin que pueda prejugarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que, en modo alguno, pueden unos u otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización.

«En las sentencias civiles y la penal hay la palmaria contradicción sobre si tenía o no concertada la solicitud del contrato de seguro en el momento de producirse el daño. Pero en lo que no hay contradicción alguna es que aquella solicitud no estaba firmada por el supuesto asegurado, que es el demandante del presente error judicial y este es el argumento básico que ha producido la desestimación de su demanda en las dos mencionadas sentencias, dictadas en primera y en segunda instancia.» (FD 2.º). (STS de 15 de febrero de 2002; no ha lugar).

HECHOS.—Don C, P. M. formuló demanda de reclamación a la compañía de seguros de la indemnización del daño producido, objeto del contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia con base a los argumentos de que la solicitud del contrato de seguro no estaba firmada por el demandante, sino por el agente de seguro, como representante de aquél, careciendo de poder de representación y por la compañía aseguradora y, como segundo argumento, porque

dicha solicitud se confeccionó posteriormente. Por el contrario, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 1 de la misma ciudad, al conocer del proceso penal por falsedad y estafa en relación con los mismos hechos, aplicó la presunción de inocencia y consideró que no se había probado (por prueba directa y era insuficiente la indiciaria) que el supuesto asegurado y el agente de seguros hubieran confeccionado *a posteriori* del daño (accidente de circulación) la solicitud del contrato de seguro y absolvió a ambos.

Don C. P. M. formuló demanda sobre error judicial contra la Administración del Estado y el Ministerio Fiscal, respecto de sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirmatoria de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia señalando que ambas sentencias han incurrido en error al declarar que don C. P. M. no tenía seguro que le amparase el día 22 de enero de 1996, cuando resulta que, por sentencia firme del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Pontevedra, se declara como hecho probado que sí tenía seguro obligatorio a partir de propuesta que había suscrito.

NOTA.—En esta sentencia se reitera la doctrina del TS respecto al error judicial contenida en numerosas sentencias (*vid.* SSTs de 4 de febrero, 13 de abril y 16 de junio de 1988; 19 de mayo, 3 de julio y 5 de diciembre de 1989; 31 de octubre y 8 de noviembre de 1991; 18 de abril de 1992; 3 y 27 de marzo, 15 y 16 de octubre de 1993; 14 de diciembre de 1994; 26 de diciembre de 1995; 1 de marzo de 1996; 13 de enero, y 22 de julio de 1998; 1 de febrero de 1999; 5 de octubre de 2001) que sostiene que el error judicial no se configura ni como una nueva instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales. El llamado error judicial viene determinado por un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, constituyere un error craso, evidente e injustificado. (*M. C. L. J.*)

84. Planteamiento de la nulidad del título como excepción o revocación frente a tercería de dominio.—El planteamiento de la nulidad del título del tercerista mediante excepción y no como reconvencción parece exigir un tratamiento de reconvencción, no obstante, no fue ésta la opción legislativa de la precedente Ley de enjuiciamiento civil. La posibilidad de plantear como excepción a la demanda de tercería de dominio la nulidad del título aparece en la STS de 27 de abril de 1998, en la que se establece que, frente a la moderna tesis que defiende la reconvencción incluso con la intervención de personas ajenas a la litis en solicitud de la nulidad del título, no obstante, se ha de tener presente la finalidad de la tercería, que no es otra que el levantamiento del embargo para excluirlos de la ejecución (STS de 1 de abril de 1993). La tolerancia jurisprudencial de la reconvencción sobre la nulidad del título dominical (STS de 26 de junio de 1979) tiene su explicación en la dificultosa diferenciación entre reconvencción y excepción («sobre todo si se tiene en cuenta la amplitud del concepto de la segunda y la posibilidad admitida de la reconvencción implícita» FD 1.º).

Esta doble posibilidad tiene distintos efectos: cuando se plantea como excepción, se evita el rigor de posibles terceros que tendrían que soportar la nulidad del negocio, ya que el Tribunal se limita a constatar la inexistencia de

un título válido que acredite la propiedad del tercerista. Mientras que si se plantea por vía de reconvencción, es imprescindible la constatación de las partes contractuales (STS de 24 de julio de 1992).

La STS de 19 de mayo de 1997 declara la imposibilidad de esgrimir por vía de reconvencción la nulidad del título, «ya que no es un proceso principal e independiente, sino un incidente del proceso ejecutivo». (STS de 16 de abril de 2002; no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia se formuló demanda de tercería de dominio por la parte actora, la entidad *Villa L. S. L.*, en la que se solicitaba que se condenara a los demandados, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Málaga y contra la entidad *T. I., S.L.*, a pasar por la declaración de que el inmueble sobre el que se trabó el embargo pertenece en propiedad al actor, mandando se levante el embargo trabado por la demandada Agencia Estatal. La sentencia dictada desestimó la demanda, no dando lugar a la tercería de dominio. Contra dicha resolución se presentó recurso de apelación, y la Audiencia Provincial desestimó dicho recurso. El recurso de casación se basa en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción del artículo 24 CE al haberse alegado la nulidad del título y no haberse ofrecido trámite hábil para contestar, por infracción de los artículos 1253 y 1111 CC. El TS establece no ha lugar. (P. S. S.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LVI, 2003

FASCÍCULO II abril-junio

In memoriam

José Puig Brutau (1909-2003), por Juan B. VALLET DE GOYTISOLO ... 405

Estudios monográficos

Esther GÓMEZ CALLE: «La Ley 1112001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid» 411

Juan José GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO: «El impacto de la Ley de enjuiciamiento civil en el funcionamiento de los Tribunales civiles: valoración de los abogados habitualmente ejercientes» 465

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad» 487

Eduardo ESTRADA ALONSO: «La fianza aseguradora» 599

Carmen JEREZ DELGADO: «La inscripción constitutiva a debate» ... 675

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO 689

Bibliografía

LIBROS

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.^a Eugenia: «La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución», por Susana Espada Mallorquín 711

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A.: «Derecho privado europeo», por Beatriz Fernández Gregoraci 717

VV.AA. (dirigidos por Ángel Carrasco Perera): «El derecho de consumo en España: presente y futuro», por Ana Laura Cabezuolo Arenas 723

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÁ, María Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Josep SOLÉ FELIU, Isabel SIERRA PÉREZ	729
--	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Estado civil (año 2002)

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	779
-------------------------------------	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Carmen JEREZ DELGADO: «Aproximación a la buena fe exigible a un acreedor. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2002)»	799
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «La responsabilidad del propietario-arrendador y del arrendatario-subarrendador por la extinción del subarriendo: la consolidación de una doctrina jurisprudencial. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2002)»	811
Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)»	829

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, María del Carmen CRESPO MORA, Rosario DÍAZ ROMERO, Rocío DIÉGUEZ OLIVA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Miriam de la FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, María del Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Paloma SABORIDO SÁNCHEZ, Lis SAN MIGUEL PRADERA	849
---	-----

